rijksuniversiteit groningen / faculteit rechtsgeleerdheid

Herziening van de zedendelicten?

Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling

mr. dr. K. Lindenberg
mr. dr. drs. A.A. van Dijk

Herziening van de zedendelicten?

Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling

mr. dr. K. Lindenberg
mr. dr. drs. A.A. van Dijk

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

Woord vooraf

De zedendelicten zoals omschreven in Titel XIV, Boek 2 van het Wetboek van Strafrecht, zijn geen rustig bezit. Sinds 1886 – en met name de laatste vijfentwintig jaar – is veel aan de zedentitel gesleuteld en toegevoegd. Diverse malen is daarbij gesproken over algehele herziening, maar uiteindelijk heeft die nooit plaatsgevonden; de basisstructuur is sinds 1886 gelijk gebleven. Ondertussen is onze maatschappij in technologisch opzicht sterk veranderd – gedacht kan worden aan de komst van de smartphone en de webcam – wat onder meer zijn uitwerking heeft op de wijze waarop mensen zich seksueel kunnen uiten en seksueel kunnen worden benaderd.

Het is tegen deze achtergrond dat in de voorliggende studie wordt onderzocht of thans aanleiding bestaat de zedentitel grondig te herzien. In de kern betreft het een onderzoek naar de vraag of de zedentitel in termen van interne samenhang, begrijpelijkheid en normstelling nog adequaat functioneert.

Het onderzoek werd uitgevoerd in de periode tussen maart 2014 en september 2015, in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid & Justitie. Wij danken in dat verband mr. F.J.E. Krips van het Ministerie van Veiligheid en Justitie en mr. dr. J.B.J. van der Leij van het WODC.

Een bijzonder woord van dank gaat uit naar de zeventien juristen die voor deze studie zijn geïnterviewd, alsook naar de voorzitter en de leden van de begeleidingscommissie.

Ten slotte zijn wij erkentelijk voor de ondersteuning binnen onze vakgroep. Hierbij verdient prof. Hein Wolswijk vermelding in verband met zijn nuttige feedback, en danken wij de student-assistenten die bij dit onderzoek waren betrokken (Laurens Vermeulen, Wessel de Boer, Marcella van Ommen, Dennis Ruitenbeek, Iris Diever, Lizzy Holtrop, Esther van Slooten, Tineke Lautenbag en Mascha Tiemes).

Kai Lindenberg
Alwin van Dijk

Inhoudsopgave

Samenvatting 1

Hoofdstuk 1

Inleiding 9

K. Lindenberg

1.1	**Aanleiding tot het onderzoek**	**9**
1.2	**Toetsingskader**	**14**
1.2.1	*Beoordelingsfactoren*	*14*
1.2.2	*Belanghebbenden: de burger, de jurist en de politicus*	*15*
1.2.3	*Wanneer is herziening aangewezen?*	*16*
1.3	**Vragen, methoden en opzet van het onderzoek**	**17**
1.3.1	*Onderzoeksvragen*	*17*
1.3.2	*Hoofdstuk 2*	*17*
1.3.3	*Hoofdstuk 3*	*19*
1.3.4	*Hoofdstuk 4*	*21*
1.4	**Beperkingen**	**21**

Hoofdstuk 2

Structuren en bijzonderheden in de zedenwetgeving 23

K. Lindenberg

2.1	**Inleiding**	**23**
2.2	**Basisstructuren**	**23**
2.2.1	*Inleiding*	*23*
2.2.2	*Wetsstructuur*	*23*
2.2.3	*Alternatieve structuren*	*33*

2.2.3.1 Inleiding *33*
2.2.3.2 Drieledige structuur van Van Veen *33*
2.2.3.3 Structuur ten behoeve van deze studie *35*

2.3 'Ontucht' 37

2.3.1 Inleiding 37
2.3.2 Kernpunten in de wetsgeschiedenis 37
2.3.2.1 Inleiding *37*
2.3.2.2 1991 *38*
2.3.2.3 2002 *43*
2.3.3 Kernpunten in de rechtspraak 45
2.3.4 Invulling van het beschermde belang 51
2.3.5 'Plegen' door de dader, en 'plegen' en 'dulden' door het slachtoffer 57
2.3.5.1 Inleiding *57*
2.3.5.2 Strikte uitleg van de Hoge Raad bij art. 242 Sr *58*
2.3.5.3 Flexibele, maar complexe uitleg van de Hoge Raad bij art. 246, 247 en 249 Sr *62*
2.3.5.4 Afwezigheid van lichamelijk contact: wetsgeschiedenis *77*
2.3.5.5 Afwezigheid van lichamelijk contact: feitenrechtspraak *81*
2.3.5.6 Is een dulden door het slachtoffer ook een plegen door het slachtoffer? *85*
2.3.6 Conclusie 89

2.4 Seksuele delicten tegen jeugdigen 90

2.4.1 Inleiding 90
2.4.2 Leeftijdsgrenzen 91
2.4.2.1 Inleiding *91*
2.4.2.2 Ontwikkelingen *94*
2.4.2.3 Beoordeling bij zestien- en zeventienjarigen *97*
2.4.2.4 Afsluiting *104*
2.4.3 Schuldverbanden 104
2.4.3.1 Inleiding *104*
2.4.3.2 Verschillen in de delictsomschrijvingen *105*
2.4.3.3 Delictsomschrijvingen met een geobjectiveerde leeftijd *107*
2.4.3.4 Geobjectiveerde leeftijd en afwezigheid van alle schuld *113*
2.4.3.5 Geobjectiveerde leeftijd en toch relevant opzet op de leeftijd? *114*
2.4.3.6 Waarom ook uitdrukkelijk niet-geobjectiveerde leeftijden? *121*

	2.4.3.7 Afsluiting	*125*
2.4.4	*Hands-off contact: seksueel (getint) contact zonder aanraking*	*126*
	2.4.4.1 Inleiding	*126*
	2.4.4.2 Art. 244 en 245 Sr	*127*
	2.4.4.3 Art. 247, 248b en 249 Sr	*129*
	2.4.4.4 Tussenbalans	*132*
	2.4.4.5 Art. 248a Sr	*133*
	2.4.4.6 Art. 239 Sr	*137*
	2.4.4.7 Art. 248d Sr	*144*
	2.4.4.8 Art. 240a Sr	*161*
	2.4.4.9 Art. 248c Sr	*166*
	2.4.4.10 Art. 240b Sr	*172*
	2.4.4.11 Art. 248e Sr	*179*
2.4.5	*Uitlokken van ontucht met een derde*	*187*
	2.4.5.1 Inleiding	*187*
	2.4.5.2 Zeven vormen	*188*
	2.4.5.3 Afsluiting	*194*
2.5	**Seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen**	**194**
2.5.1	*Inleiding*	*194*
2.5.2	*Ontwikkelingen*	*195*
2.5.3	*Bijzonderheden*	*198*
2.6	**Seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken**	**202**
2.6.1	*Inleiding*	*203*
2.6.2	*Ontwikkelingen*	*203*
2.6.3	*Bijzonderheden*	*204*
2.7	**Seksuele delicten door middel van dwang**	**205**
2.7.1	*Inleiding*	*205*
2.7.2	*Seksueel binnendringen*	*206*
2.7.3	*Dwingen door een andere feitelijkheid*	*209*
	2.7.3.1 Inleiding	*209*
	2.7.3.2 ‘Feitelijkheid’: wetsgeschiedenis	*210*
	2.7.3.3 ‘Feitelijkheid’: rechtspraak	*212*
	2.7.3.4 Algemene kenmerken van ‘dwingen’	*220*
2.7.4	*Verdraagt de uitleg van ‘dwingen’ zich met internationaal recht?*	*223*
	2.7.4.1 Inleiding	*223*
	2.7.4.2 Positieve verplichtingen op grond van het EVRM	*224*

	2.7.4.3	Verdrag van Istanbul	*226*
2.7.5	*Afsluiting*		*228*
2.8	**Strafverzwaringsgronden**		**229**
2.8.1	*Inleiding*		*229*
2.8.2	*Ontwikkelingen*		*231*
	2.8.2.1	Totstandkoming (1886)	*231*
	2.8.2.2	Toevoeging 'te duchten levensgevaar' en art. 240b, 248a, 248b en 249 Sr (2005)	*231*
	2.8.2.3	Verhoging van de strafmaxima (2009)	*233*
	2.8.2.4	Toevoeging van medeplegen en misbruik van afhankelijkheid (2010)	*234*
	2.8.2.5	Toevoeging van 'kwetsbare positie', geweld en art. 248f Sr (2014)	*237*
2.8.3	*Bijzonderheden*		*244*
	2.8.3.1	Inleiding	*244*
	2.8.3.2	Afhankelijkheid (art. 248 lid 2 Sr)	*245*
	2.8.3.3	Misbruik van een kwetsbare positie (art. 248 lid 3 en 4 Sr): wat voor omstandigheden?	*248*
	2.8.3.4	Misbruik van een kwetsbare positie (art. 248 lid 3 en 4 Sr): welk schuldverband?	*254*
	2.8.3.5	Geweld (art. 248 lid 5 en lid 6 Sr)	*256*
	2.8.3.6	Cumulatie van strafverzwaringsgronden en samenloop	*258*
	2.8.3.7	Wel of niet in de tenlastelegging?	*260*
	2.8.3.8	Enkele voorbeelden	*262*
2.9	**Varia**		**266**
2.9.1	*Inleiding*		*266*
2.9.2	*Heimelijk filmen met een seksuele strekking*		*267*
	2.9.2.1	Inleiding	*267*
	2.9.2.2	Art. 246 Sr (aanranding)	*267*
	2.9.2.3	Art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid)	*269*
	2.9.2.4	Art. 240b Sr (kinderpornografie)	*271*
	2.9.2.5	Art. 139f en 441b Sr (heimelijk filmen)	*275*
	2.9.2.6	Algemene Plaatselijke Verordeningen	*278*
	2.9.2.7	Afsluiting	*280*
2.9.3	*Seksueel misbruik van overledenen*		*281*

Hoofdstuk 3

Herzieningssuggesties in interviews en literatuur 285

A.A. van Dijk & K. Lindenberg

3.1	**Inleiding**	**285**
3.1.1	*Opzet van dit hoofdstuk in kort bestek*	*285*
	3.1.1.1 Onderzoeksvragen	*285*
	3.1.1.2 Volgorde	*285*
	3.1.2.3 Bronnen en weergave van de herzieningssuggesties	*286*
	3.1.2.4 Aandachtspunten	*287*
3.1.2	*Interviews*	*288*
	3.1.2.1 Inleiding	*288*
	3.1.2.2 Algemene informatie over de interviews	*288*
	3.1.2.3 Verwerking en weergave van de interviews	*291*
	3.1.2.4 De centrale gedachte: via kwantiteit naar kwaliteit	*296*
	3.1.2.5 Belang en beperkingen van de resultaten	*298*
3.1.3	*Literatuur*	*300*
	3.1.3.1 Tijdvak 1999 – heden	*300*
	3.1.3.2 OM Notitie 2014	*301*
3.2	**Seksuele delicten tegen jeugdigen**	**301**
3.2.1	*Kinderpornografie (art. 240b)*	*301*
3.2.2	*Seks met jeugdigen (art. 244, 245 en 247 Sr)*	*336*
3.2.3	*Uitlokken van ontucht (art. 248a, 248f en 250 Sr)*	*359*
3.2.4	*Jeugdprostitutie (art. 248b Sr)*	*379*
3.2.5	*Aanwezig zijn bij seksshow (art. 248c Sr)*	*384*
3.2.6	*Een jeugdige getuige laten zijn van seksuele handelingen (art. 248d Sr)*	*389*
3.2.7	*Grooming (art. 248e Sr)*	*395*
3.2.8	*Misbruik van gezag (art. 249 lid 1 Sr)*	*421*
3.2.9	*Vertonen van schadelijke afbeeldingen aan jeugdigen (art. 240a Sr)*	*429*
3.2.10	*Slotvragen bij seksuele delicten tegen jeugdigen*	*434*
3.3	**Seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen**	**436**
3.4	**Seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken**	**448**
3.4.1	*Ontucht met functioneel afhankelijken (art. 249 lid 2 Sr)*	*448*
3.4.2	*Ontucht met misbruik van gezag (algemeen)*	*455*

3.5 **Seksuele delicten door middel van dwang** **458**

3.6 **Strafverzwaringsgronden** **482**

3.7 **Overige delicten (art. 239, 240, 252, 253, 254 en 254a Sr)** **493**

3.7.1 *Schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr)* *493*

3.7.2 *Pornografie (art. 240 Sr)* *504*

3.7.3 *Bestialiteit en bestialiteitspornografie (art. 254 en 254a Sr)* *506*

3.7.4 *Toedienen van bedwelmende drank (art. 252 Sr) en een kind afstaan voor bedelarij of gevaarlijke verrichtingen (art. 253 Sr)* *509*

3.8 **Varia** **512**

3.8.1 *Heimelijk filmen met een seksuele strekking* *512*

3.8.2 *Seksueel getint communiceren met kinderen* *517*

3.9 **Opsomming van alle herzieningssuggesties** **542**

Hoofdstuk 4

Evaluatie **577**

K. Lindenberg

4.1 **Inleiding** **577**

4.2 **Wetsstructuur** **577**

4.3 **Gemengd karakter en opschrift van Titel XIV** **581**

4.4 **'Ontucht'** **583**

4.4.1 *Inleiding* *583*

4.4.2 *Inhoud van het begrip 'ontucht'* *583*

4.4.3 *Bepalingen met en zonder het bestanddeel 'ontucht'* *589*

4.4.4 *Ontucht 'plegen' door de dader en ontucht 'plegen' en 'dulden' door het slachtoffer* *591*

4.4.4.1 Inleiding *591*

4.4.4.2 Afwezigheid van lichamelijk contact *593*

4.4.4.3 Tussenconclusie *596*

4.4.4.4 Is een 'dulden' door de verdachte ook een 'plegen' door de verdachte? *597*

4.4.4.5 Is een 'dulden' door de slachtoffer ook een 'plegen' door het slachtoffer? *598*

4.4.4.6 Conclusie *600*

4.5 **Seksuele delicten tegen jeugdigen** **601**

4.5.1 *Inleiding* *601*

4.5.2	*'Buiten echt' en 'minderjarige'*		*602*
	4.5.2.1	Inleiding	*602*
	4.5.2.2	'Buiten echt'	*602*
	4.5.2.3	'Minderjarige'	*605*
4.5.3	*Leeftijdsgrenzen*		*606*
	4.5.3.1	Inleiding	*606*
	4.5.3.2	Vrijheid versus bescherming	*608*
	4.5.3.3	Conclusie	*610*
4.5.4	*Schuldverbanden*		*611*
	4.5.4.1	Inleiding	*611*
	4.5.4.2	Waarom wel en niet geobjectiveerde leeftijden?	*613*
	4.5.4.3	Wat is wenselijk?	*614*
4.5.5	*Hands-off contact*		*616*
	4.5.5.1	Inleiding	*616*
	4.5.5.2	Art. 247, 248a en 248d Sr	*616*
	4.5.5.3	Art. 248d, 240a en 239 Sr	*620*
	4.5.5.4	Art. 248c en 240b Sr	*623*
	4.5.5.5	'Digitale ontucht'	*626*
4.5.6	*Uitlokken van ontucht met een derde*		*627*
4.5.7	*Wat is de toegevoegde waarde van art. 248a Sr?*		*628*
4.5.8	*Wat is de toegevoegde waarde van art. 249 lid 1 Sr?*		*631*
4.6	**Strafverzwaringsgronden**		**634**
4.6.1	*Inleiding*		*634*
4.6.2	*Ontwikkelingen*		*635*
4.6.3	*Bijzondere kwesties*		*637*
	4.6.3.1	Inleiding	*637*
	4.6.3.2	Art. 248 lid 2 Sr (afhankelijkheidsrelatie)	*637*
	4.6.3.3	Art. 248 lid 3 en 4 Sr (kwetsbare positie)	*638*
	4.6.3.4	Art. 248 lid 5 en 6 Sr (geweld)	*640*
	4.6.3.5	Art. 248 lid 7 Sr (zwaar lichamelijk letsel en levensgevaar)	*642*
	4.6.3.6	Cumulatie van strafverzwaringsgronden	*642*
	4.6.3.7	Wel of niet in de tenlastelegging?	*643*
4.6.4	*Algemene reacties van respondenten*		*645*
4.6.5	*Afsluiting*		*647*
4.7	**Conclusie**		**647**
4.7.1	*Herziening*		*647*
4.7.2	*Aanvullende thema's*		*651*

4.7.3 Afsluiting *651*

Summary **655**

Literatuur **663**

Bijlage 1 Samenstelling van de begeleidingscommissie 673

Bijlage 2 Interviewvragen 675

Bijlage 3 Wetgevingsnotitie van het openbaar ministerie 705

Bijlage 4 Titel XIV, Boek 2, Wetboek van Strafrecht 725

Samenvatting

Inleiding

In dit onderzoek staat de vraag centraal of de misdrijven tegen de zeden (Titel XIV, Boek II van het Wetboek van Strafrecht) moeten worden herzien. Deze vraag is op zichzelf niet nieuw. Sinds de introductie van de zedentitel in 1886 zijn geregeld wijzigingen voorgesteld en ook doorgevoerd. De zedentitel is dus al vaak aan verandering onderhevig geweest. Op het oude fundament uit 1886 is veel bijgebouwd, daarvan zijn later weer delen afgebroken of verplaatst, en de afgelopen decennia is er in hoog tempo weer van alles bijgebouwd. Juist daardoor dringt zich de vraag over herziening opnieuw op, maar dan in meer systematisch opzicht.

Illustratief in dit verband is dat reeds in 1980 een algehele herziening is voorgesteld door de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (de commissie-Melai). Door politieke ontwikkelingen kwam het echter niet zo ver en bleef het bij belangrijke maar beperkte wijzigingen die in 1991 hun beslag kregen. In 1993, 1994, 1996, 2000 en 2002 zijn nieuwe wijzigingen aangebracht in de zedentitel, mede op basis van internationale afspraken. Bij de voorbereiding van de wijzigingen in 2002 is aangedrongen op het opnieuw in overweging nemen van een algehele herziening, maar de minister achtte volledige herziening niet aan de orde omdat haast was geboden in verband met internationale verplichtingen, terwijl aan een volgend kabinet werd overgelaten om te bezien of een algehele herziening in gang moest worden gezet. Ook inhoudelijk zag de minister geen aanleiding tot een meeromvattende herziening over te gaan.

Het herzieningsvraagstuk is de jaren daarna niet meer aan de orde geweest. Wel is de zedentitel in 2005 en 2010 andermaal gewijzigd, mede op basis van internationale instrumenten. Bij de voorbereiding van de meest recente wijzigingen in 2014 – die door een nieuwe richtlijn van de Europese Unie noodzakelijk waren – is door de Raad van State gewezen op de ogenschijnlijke inconsistenties die door de voorgenomen wijzigingen zouden optreden. De Raad vroeg zich tevens af of nog wel voldoende balans bestaat tussen de verschillende strafmaxima in de zedentitel, en achtte de ontwikkelingen niet bevorderlijk voor de duidelijkheid van de normstellingen. De regering werd gevraagd in te gaan op de wenselijkheid van toekomstige herziening en vereenvoudiging van de zedentitel.

Volgens de minister hadden de eerdere wetswijzigingen niet geleid tot een verstoring in de onderlinge samenhang van de strafbepalingen of een uitgesproken onbalans in de te onderscheiden strafmaxima. Daarover waren hem ook geen signalen uit de rechtspraktijk bekend. Evenwel werd de kritiek van de Raad van State door de minister aangegrepen het onderhavige onderzoek te laten uitvoeren. De onderzoeksopdracht was erop gericht binnen een beperkt tijdsbestek te komen tot beantwoording van de vraag of de zedentitel

in verband met mogelijke gebreken in de interne consistentie geheel of gedeeltelijk moest worden herzien.

Opzet, vragen en beperkingen van het onderzoek

De zojuist genoemde onderzoeksopdracht heeft geresulteerd in de formulering van de volgende drie beoordelingsfactoren met bijbehorende definities:

> *Samenhang*
> De mate waarin een verklaarbare en logische verhouding bestaat tussen bestanddelen in een bepaling, tussen de bepalingen in de zedentitel onderling, en tussen die bepalingen en bepalingen buiten die titel, waaronder bepalingen van internationale oorsprong.
>
> *Complexiteit*
> De mate waarin inspanning moet worden verricht om de betekenis van en samenhang tussen bepalingen te doorgronden.
>
> *Normstelling*
> De scherpte van de norm, zoals die tot uitdrukking komt in de bestanddelen, in de hoogte van het strafmaximum en in de verhouding tussen dat strafmaximum en die van andere bepalingen.

De vraag of de zedentitel moet worden herzien is gerelateerd aan deze drie factoren. Het belang van strafwetgeving die voldoende samenhang vertoont, niet te complex is en heldere normstellingen bevat, is voorts in verband gebracht met drie belanghebbenden: de burger, de jurist en de politicus

Omdat duidelijk is dat de beoordelingsfactoren zich moeilijk laten kwantificeren en dat tevens geen concreet kookpunt kan worden aangewezen waarboven grondige herziening is geïndiceerd, diende te worden gewerkt met grovere en niet volledig objectiveerbare gradaties. Voor dit onderzoek is uitgegaan van het volgende criterium:

> Er is aanleiding de zedentitel grondig te herzien wanneer in hoge mate sprake is van onduidelijke samenhang, complexe regelingen en vage normstellingen.

Vergelijkbare criteria zijn gegeven in de zojuist besproken reacties van de minister op de vraag of de zedentitel aan herziening toe was. Bij het geformuleerde criterium wordt impliciet rekening gehouden met de terughoudendheid die met het herzien van de zedentitel moet worden betracht. Het uitgangspunt is dat de baten van herziening per definitie opwegen tegen de kosten daarvan wanneer de burger, de jurist en de politicus worden geconfronteerd met een *hoge mate* van onduidelijke samenhang, complexe regelingen en vage normstellingen. Daarbij moet naar de mening van de onderzoekers in het oog worden gehouden dat het in dit kader geen zuiver economische kosten-batenanalyse betreft, maar ook een rechtstatelijke.

De leidende vraag in dit onderzoek is of de staat van de zedentitel in termen van samenhang, complexiteit en normstelling, aanleiding geeft tot de conclusie dat de zedentitel grondig moet worden herzien. Deze algemene vraag is

uitgesplitst in de volgende vier onderzoeksvragen, waarbij tussen haakjes is weergegeven in welk hoofdstuk de onderzoeksvraag wordt beantwoord:

> *Onderzoeksvraag 1*
> Welke bijzonderheden kunnen worden opgemerkt over de zedendelicten met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling? (hoofdstuk 2);
>
> *Onderzoeksvraag 2*
> Welke herzieningssuggesties met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling blijken uit interviews met juristen? (hoofdstuk 3);
>
> *Onderzoeksvraag 3*
> Welke herzieningssuggesties met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling blijken uit de literatuur vanaf 1999? (hoofdstuk 3);
>
> *Onderzoeksvraag 4*
> Geeft de beantwoording van de eerdere vragen aanleiding tot de conclu-sie dat de zedentitel grondig moet worden herzien? (hoofdstuk 4).

Het feit dat deze studie zich richt op de vraag of de zedendelicten moeten worden herzien, kan het beeld oproepen dat zo veel mogelijk facetten van de zedenwetgeving fundamenteel zijn geanalyseerd, met oog voor de vraag of de bepalingen nog bij de tijd zijn in maatschappelijke zin. Hierbij dringt zich de vergelijking op met het al genoemde onderzoek van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving in de jaren '70 van de vorige eeuw, de commissie-Melai. Haar werkzaamheden richtten zich eveneens op de noodzaak van herziening van Titel XIV, en strekten zich uit over een periode van tien jaren. Met betrekking tot het voorliggende onderzoek dienden aan het onderzoekskader evenwel duidelijke grenzen gesteld te worden vanwege de beschikbare onderzoekstijd in relatie tot de materie. Titel XIV is juridisch-technisch complex, beschermt uiteenlopende rechtsgoederen en omvat allerlei thema's van groot maatschappelijk belang. De beperkingen zijn zoals gezegd gevonden in het toetsingskader, en brengen tevens mee dat niet alle bepalingen integraal aan een juridische analyse konden worden onderworpen. Ten slotte is een beperking van deze studie dat zij niet is ingericht om vraagstukken van sociaalwetenschappelijke of rechtspolitieke aard te waarderen. Het gaat in overwegende mate om een juridisch-systematisch onderzoek.

Hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3

De indeling van hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 is niet gebaseerd op de wettelijke indeling van de zedendelicten, maar op een eigen indeling. Deze keuze vloeide voort uit de constatering dat door deze werkwijze een betere zichtbaarheid en prioritering van delictsgroepen in het onderzoek mogelijk werd gemaakt. De belangrijkste delictsgroepen zijn in dit verband: (i) de seksuele delicten tegen jeugdigen, (ii) de seksuele delicten tegen geestelijk of lichamelijk onmachtigen, (iii) de seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken, (iv) de seksuele delicten door middel van dwang, en ten slotte (v) de strafverzwaringsgronden.

In hoofdstuk 2 is de zedentitel geanalyseerd met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling. Daarbij is gebruik gemaakt van nationale en interna-

tionale regelgeving, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur. Dit hoofdstuk bevat tevens algemene inleidingen op verschillende onderdelen van de zedendelicten. Daarom zijn niet alleen de door ons gesignaleerde bijzonderheden besproken, maar ook de basisstructuren die in de zedentitel liggen besloten.

Bij de analyses is uitvoering ingegaan op de volgende thema's: de inhoud en plaatsing van het bestanddeel 'ontucht'; de verschillende wijzen waarop dat bestanddeel is gekoppeld aan gedragingen van ofwel de dader ofwel het slachtoffer; de leeftijdsgrenzen en schuldverbanden bij de seksuele delicten tegen jeugdigen; de mate waarin de zedendelicten van toepassing zijn op (al dan niet digitaal) seksueel contact met jeugdigen zonder dat sprake is van lichamelijke aanraking; de verschillende wijzen waarop het uitlokken van ontucht strafbaar is gesteld; en ten slotte de strafverzwaringsgronden.

In hoofdstuk 3 is verslag gedaan van de suggesties voor herziening van de zedentitel die zijn aangedragen tijdens de voor deze studie gehouden interviews en in de literatuur. Het gaat om de neerslag van zeventien interviews die voor deze studie zijn gehouden met juristen, respectievelijk om de resultaten van een afzonderlijk documentenonderzoek. De interviews zijn gehouden met juristen die ambtshalve met de zedentitel te maken hebben. Er zijn interviews afgenomen met, kort gezegd, vijf officieren van justitie, vijf strafrechtadvocaten, vijf rechters, de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen en een strafrechtswetenschapper. Bij het documentenonderzoek is tevens gebruik gemaakt van een wetgevingsnotitie die ons is aangeboden door het college van procureurs-generaal van het openbaar ministerie (opgenomen als bijlage bij deze studie). Het document is geschreven door drie (zeden)officieren van justitie en bevat een aantal concrete herzieningssuggesties voor de zedentitel, met bijbehorende motivering. Omdat deze officieren tevens als respondent zijn bevraagd over de zedentitel, dient de lezer erop bedacht te zijn dat de wetgevingsnotitie niet zonder meer kan worden beschouwd als zelfstandige bron naast de interviews.

De inventarisatie van interviewverslagen en literatuur heeft geresulteerd in bijna tweehonderd herzieningssuggesties. Deze zijn in hoofdstuk 3 thematisch ingedeeld.

Hoofdstuk 4

In hoofdstuk 4 zijn de vraagstukken geëvalueerd die in ongunstige zin het sterkste effect lijken te hebben op de samenhang, complexiteit en normstelling in de zedentitel. Vanwege de hoeveelheid van de daarbij betrokken delicten en dwarsverbanden, is uitvoerig teruggegrepen op de analyses uit hoofdstuk 2.

In het bijzonder is gekeken naar de wetsstructuur, het gemengde karakter en opschrift van Titel XIV, het bestanddeel 'ontucht' en de context waarin dat bestanddeel functioneert, de seksuele delicten tegen jeugdigen, en de strafverzwaringsgronden.

Naar aanleiding van de daaruit voortvloeiende bevindingen, is tot de conclusie gekomen dat de zedentitel inderdaad moet worden herzien.

Daarbij kan allereerst worden gewezen op een aantal verwarrende omstandigheden die om eenvoudige correctie vragen door de wetgever. Daarbij wordt gedoeld op de volgende aanpassingen:

- het verwijderen van het bestanddeel 'buiten echt' uit art. 245 Sr (ontuchtig binnendringen bij iemand tussen de twaalf en zestien jaar) en art. 247 Sr (ontuchtige handelingen plegen met iemand jonger dan zestien jaar)[1];
- het wijzigen van het bestanddeel 'een minderjarige' in 'een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar' in art. 248 Sr (strafverzwaringsgronden), art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag) en art. 250 Sr (koppelarij)[2]; en
- het vermelden van art. 242 Sr (verkrachting) en art. 244 Sr (seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar) in art. 248 lid 7 Sr.[3]

De overige vraagstukken worden door de onderzoekers van dien aard geacht dat een integrale herziening van de zedentitel door de wetgever in overweging genomen zou moeten worden. In termen van het geformuleerde toetsingskader, is 'in hoge mate sprake van onduidelijke samenhang, complexe regelingen en vage normstellingen', aldus de onderzoekers. Dit wordt gegrond op de diverse bevindingen in hoofdstuk 4, bij de evaluatie van de afzonderlijke vraagstukken met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling. Samengevat gaat het om de volgende vastgestelde omstandigheden:

- de zeer ontoegankelijke structuur van de zedentitel[4];
- de onduidelijke strekking van het bestanddeel 'ontucht' in relatie tot de leeftijdsgrenzen in de zedentitel[5];
- de inconsistente wijze waarop het bestanddeel 'ontucht' in een bepaling wel of niet is opgenomen[6];
- het complexe en tot uiteenlopende interpretaties leidende onderscheid tussen het 'plegen' door de dader en het 'plegen' of 'dulden' door het slachtoffer[7];
- de complexiteit en zeer uiteenlopende interpretaties van de voorzetsels (plegen) *'met'* en (dulden) '*van*'[8]*;*
- het complexe stelsel van wel en niet geobjectiveerde leeftijden[9];
- de inconsistente verhouding tussen en uiteenlopende interpretaties van art. 247 Sr (ontuchtige handelingen plegen met iemand jonger dan zestien jaar), art. 248a Sr (uitlokken van ontucht) en art. 248d Sr (iemand jonger dan zestien jaar ertoe bewegen getuige te zijn van ontuchtige handelingen)[10];

---

1 Zie paragraaf 4.5.2.2.

2 Zie paragraaf 4.5.2.3. Hierbij zou in beginsel ook art. 240a Sr kunnen worden genoemd, maar de structuur van dit artikel maakt dat het bestanddeel 'minderjarige' daar beter kan worden vervangen door 'een persoon' (thans luidt het betreffende deel van art. 240a Sr: een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar).

3 Zie paragraaf 4.6.3.5.

4 Zie paragraaf 4.2.

5 Zie paragraaf 4.4.2 en 4.5.3.

6 Zie paragraaf 4.4.3.

7 Zie paragraaf 4.4.4.

8 Zie paragraaf 4.4.4 en 4.5.5.

9 Zie paragraaf 4.5.4.

10 Zie paragraaf 4.5.5.2.

- de inconsistente verhouding tussen art. 248d Sr (iemand jonger dan zestien jaar ertoe bewegen getuige te zijn van ontuchtige handelingen), art. 240a Sr (het vertonen van schadelijke afbeeldingen aan iemand jonger dan zestien jaar) en art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), en de uiteenlopende interpretaties van de twee laatstgenoemde artikelen[11];
- de complexe strekking van art. 248c Sr (aanwezig zijn bij een seksshow waarbij een jeugdige is betrokken) en art. 240b Sr (kinderpornografie) afzonderlijk en in relatie tot elkaar[12];
- het bestaan van zeven vormen van uitlokken van ontucht met een derde[13];
- de onduidelijke functie van art. 248a Sr (uitlokken van ontucht) voor de bescherming van personen jonger dan zestien jaar[14];
- de onduidelijke functie van art. 249 lid 1 Sr (ontucht met misbruik van gezag) voor de bescherming van personen jonger dan zestien jaar [15]; en
- de uiteenlopende onduidelijkheden over de inhoud van de strafverzwaringsgronden (art. 248 Sr) en over hun relatie met andere bepalingen.[16]

De onderzoekers beseffen dat een studie die gedetailleerd ingaat op de bestanddelen en verhoudingen in welk deel van het strafrecht ook, de aanzienlijke kans oproept dat een lange reeks bijzonderheden wordt gesignaleerd. De conclusie dat in 'hoge mate' sprake is van knelpunten, wordt dan ook niet gebaseerd op het aantal aantroffen vraagstukken, maar op de ingeschatte intensiteit daarvan. In het bijzonder hebben de vraagstukken in de ogen van de onderzoekers een sterke uitwerking op de grootste delictscategorie in de zedentitel: de seksuele delicten tegen jeugdigen. Alle hierboven opgesomde vraagstukken houden met deze delictscategorie verband.

Dat jeugdigen in Nederland evident te weinig bescherming genieten, is uit het onderzoek niet gebleken. Voor zover kon worden nagegaan is de betreffende algemene dekking van het strafrecht in Nederland in grote lijnen gelijk aan de ons omringende landen. De geconstateerde kwetsbaarheden liggen volgens de onderzoekers vooral hierin, dat de seksuele delicten tegen jeugdigen niet meer goed van elkaar kunnen worden onderscheiden. Het materieelrechtelijke verschil tussen delicten met een zeer hoog strafmaximum en delicten met een laag strafmaximum is in veel gevallen niet meer te ontwaren, waardoor ook de kwalificaties en bestanddelen steeds minder indicatieve waarde hebben. Illustratief achten de onderzoekers in dit verband de recent in werking getreden 'Richtlijn voor strafvordering seksueel misbruik minderjarigen' van het openbaar ministerie, waarin wordt overwogen dat de strafmaxima bij de zedendelicten te weinig houvast geven om als richtsnoer te gebruiken bij de vervolgingskeuze en strafeis.

Tegelijkertijd blijkt uit de gepubliceerde feitenrechtspraak dat over de uitleg van de bestanddelen in de delicten met betrekking tot jeugdigen, regel-

---

11 Zie paragraaf 4.5.5.3.
12 Zie paragraaf 4.5.5.4.
13 Zie paragraaf 4.5.6.
14 Zie paragraaf 4.5.7.
15 Zie paragraaf 4.5.8.
16 Zie paragraaf 4.6.

matig zeer verschillend wordt gedacht, en dat de gehanteerde interpretatie in veel gevallen ook het verschil heeft bepaald tussen vrijspraak en veroordeling. Enerzijds kan dus worden gesproken van een afvlakking, anderzijds van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen.

Deze omstandigheden doen zich vooral voor bij de vervolging van handelingen zonder lichamelijk contact, in het bijzonder de vervolging van 'digitale ontucht' (seksuele handelingen in een digitale context). De onduidelijke afbakening van de betreffende bepalingen onderling en de uiteenlopende interpretaties van deze bepalingen, wekken sterk de indruk dat de zedentitel niet voldoende is uitgerust om daarin de verschillende vormen van *hands-off* misbruik en de toenemende digitalisering een duidelijke plaats te geven.

De geconstateerde knelpunten hebben volgens de onderzoekers dus niet primair te maken met de materieelrechtelijke bescherming van het slachtoffer, maar met de positie van de burger als verdachte of potentiële verdachte, en met de positie van de mensen die ambtshalve met de zedentitel te maken hebben. Uit deze studie kan blijken dat het voor officieren van justitie, advocaten, rechters en politici steeds lastiger wordt de zedenwetgeving te beoordelen. In dat verband hebben de vraagstukken uiteindelijk ook hun uitwerking op slachtoffers, wanneer bij hen de wens bestaat zich te beklagen over een vervolgingsbeslissing of zich tijdens het strafproces uit te laten over het bewijs, de kwalificatie en een passende strafmaat.[17]

In hoofdstuk 2 (het eigen onderzoek) en hoofdstuk 3 (herzieningssuggesties in interviews en literatuur) zijn ook bijzonderheden naar voren gekomen die niet in hoofdstuk 4 nader zijn geanalyseerd. Dat vindt zijn oorzaak voornamelijk hierin, dat een evaluatie van die bijzonderheden in overwegende mate dient plaats te vinden op grond van rechtspolitieke opvattingen. Hierbij valt onder meer te wijzen op de volgende vraagstukken:

- dient seksueel getinte communicatie met kinderen, als zodanig strafbaar te worden gesteld?[18];
- dient het heimelijk filmen met een seksuele strekking als zedendelict strafbaar te worden gesteld?[19];
- dient seksueel misbruik van overledenen, als zodanig strafbaar te worden gesteld?[20];
- dienen art. 242, 243, 244 en 245 Sr (bepalingen waarin het bestanddeel 'seksueel binnendringen' is opgenomen) ook van toepassing te zijn op het seksueel binnen-

17 Zie in verband met dit laatste het aanhangige wetsvoorstel inzake de aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces (wetgevingsdossier 34 082). Voor dat voorstel lijkt op het moment van schrijven een groot politiek draagvlak te bestaan.

18 Zie paragraaf 2.4.4.6 en 2.4.4.11 voor het strafrechtelijk kader (in het bijzonder p. 140 e.v. en p. 180 e.v.) en paragraaf 3.8.2 voor de opvattingen van de voor deze studie geïnterviewde juristen.

19 Zie paragraaf 2.9.2 en de herzieningssuggesties genoemd in paragraaf 3.8.1.

20 Zie paragraaf 2.9.3.

dringen bij de verdachte en op het seksueel binnendringen door het slachtoffer bij zichzelf? ;[21]

- dient de strafbaarstelling van verkrachting (art. 242 Sr) en aanranding (art. 246 Sr) te worden verruimd?[22]
- dient in art. 243 en 247 Sr de formulering van de geestelijke onmacht van het slachtoffer te worden aangepast?[23]

Het voorstel om een integrale herziening in overweging te nemen, gaat gepaard met de wetenschap dat de zedentitel nooit helemaal kan worden ontdaan van lastige bestanddelen en verbanden. Bij de onderzoekers bestaat wel de overtuiging dat de zedentitel aanzienlijk helderder en meer gestructureerd kan worden vormgegeven dan nu het geval is. De wijze waarop dit zijn beslag zou kunnen krijgen – er zijn zeer veel varianten denkbaar – valt evenwel buiten het bestek van dit onderzoek.

Ten slotte wordt opgemerkt dat met het voorstel om een integrale herziening in overweging te nemen, niet tevens wordt geïmpliceerd dat de vraagstukken in de ogen van de onderzoekers zonder meer nopen tot wijziging van elke bepaling afzonderlijk. Denkbaar is ook dat bepaalde besproken delictsomschrijvingen in hun huidige vorm blijven bestaan, maar door de wetgever opnieuw worden geaccepteerd, gerangschikt en toegelicht met het oog op de gerezen vraagpunten. In zoverre zou kunnen worden gesproken van gedeeltelijke herziening en volledige herijking.

---

21 Zie paragraaf 2.3.5.2 en 2.7.2, en voorts de herzieningssuggesties #27 en #169 in hoofdstuk 3.

22 Zie paragraaf 2.7.3 en 2.7.4, en voorts de herzieningssuggesties genoemd in paragraaf 3.5.

23 Zie de herzieningssuggesties genoemd in paragraaf 3.3.

Hoofdstuk 1
Inleiding

K. Lindenberg

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Dit onderzoek gaat in de kern over de vraag of de misdrijven tegen de zeden (Titel XIV, Boek II van het Wetboek van Strafrecht) moeten worden herzien. Deze vraag is op zichzelf niet nieuw. Sinds de introductie van de zedentitel in 1886 zijn geregeld wijzigingen voorgesteld en ook doorgevoerd. De zedentitel is dus al vaak aan verandering onderhevig geweest. Op het oude fundament uit 1886 is veel bijgebouwd, daarvan zijn later weer delen afgebroken of verplaatst, en de afgelopen decennia is er in hoog tempo weer van alles bijgebouwd. Juist daardoor dringt zich de vraag over herziening opnieuw op, maar dan in meer systematisch opzicht. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Dat het oude fundament zelf stevig genoeg is, is niet boven alle twijfel verheven. In de jaren '70 van de vorige eeuw bereidde de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (de commissie-Melai) wijzigingen in de zedentitel voor. Toen in 1980 haar eindrapport verscheen, bleek zij voorstander van een volledige herziening.[1] Door politieke ontwikkelingen kwam het echter niet zo ver.[2] De regering stelde in de jaren '80 weliswaar belangrijke, maar ook betrekkelijk weinig wijzigingen voor. Dat leidde bij sommigen partijen tot het bezigen van de kwalificatie 'noodwetje'.[3] Ondanks het nieuwe voorstel werd tijdens de behandeling van verschillende zijden erop aangedrongen een integrale herziening opnieuw in overweging te nemen.[4] De minister wees er intussen op dat haast was geboden, omdat de toen nog geldende straffeloosheid van verkrachting binnen het huwelijk zo snel mogelijk moest worden beëindigd.[5] 'Overigens belemmert de totstandkoming van een wet als deze een volgend kabinet op geen enkele wijze in de mogelijkheden om alsnog een meeromvattende herziening van de zedelijkheidswetgeving te bevorderen', aldus de minister.[6] Nadien werden op aandringen van het parlement nog enkele belangrijke wijzigingen in het voorstel aangebracht, maar die raakten niet het

---

1 Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980.

2 Zie hierover *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 1 en voorts Kool 1999, p. 88-121, Lindenberg 2007, p. 204-207; Soetenhorst-de Savornin Lohman & Jansz 1986 en Zeegers 1999.

3 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 4, p. 2.

4 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 4.

5 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 2-3. Het ging om het bestanddeel 'buiten echt' in art. 242 Sr (verkrachting). Zie hierover nader de paragrafen 2.3.2.2 en 4.5.2.

6 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 2.

formaat van de wetgevingsoperatie; bezien vanuit de zedentitel als geheel bleef het bij een beperkte aanpassing. Deze trad in 1991 in werking.[7]

Ook het volgende kabinet beraadde zich niet op volledige herziening van de zedentitel. Wel werden in 1993, 1994, 1996, 2000 en 2002 opnieuw wijzigingen gerealiseerd, mede op basis van internationale afspraken. Van deze wijzigingen kunnen die in 2002 het meest ingrijpend worden genoemd.[8] Bij deze herziening werd onder meer het klachtvereiste afgeschaft dat aan veel delictsomschrijvingen was verbonden (daarbij was het vervolgingsrecht afhankelijk van het bestaan van een verzoek tot vervolging van het slachtoffer). Het klachtvereiste werd vervangen door het zogenoemde hoorrecht, een inspanningsverplichting van het openbaar ministerie om degene tegen wie het zedendelict was gepleegd te horen over de wenselijkheid van vervolging.[9] Hoewel in het conceptwetsvoorstel dat leidde tot de partiële herziening in 2002 geen aandacht werd besteed aan de vraag in hoeverre aanleiding bestond de zedentitel als geheel te hervormen, maande het geconsulteerde Clara Wichmann Instituut de regering die vraag onder ogen te zien:

> 'Seksueel misbruik van kinderen en andere vormen van seksueel geweld staan sterk in de belangstelling van de politiek. Na de herziening van de zedenwetgeving in 1991 zijn op dit gebied een aantal wijzigingen doorgevoerd op het gebied van de mensenhandel, kinderpornografie en prostitutie. Nu ligt er weer een wetswijziging voor ons. De zedenwetgeving is sterk in beweging. Opgepast moet worden dat in de waan van de dag het ene wetsvoorstel het andere wetsvoorstel opvolgt, zonder dat een brede discussie is gevoerd.
> (...)
> Wij zijn enigszins huiverig voor sterk verfijnde wetgeving, omdat dit allerlei bewijstechnische problemen met zich meebrengt en het steeds moeilijker wordt de afbakening tussen de verschillende wetsartikelen te doorgronden.
> (...)
> Het Clara Wichmann Instituut constateert dat dit conceptvoorstel tot partiële wijziging zedelijkheidswetgeving verder gaat dan de aangekondigde vervanging van het klachtvereiste door een hoorrecht. Juist daarom lijkt het ons goed dat de gehele zedenwetgeving nog een keer goed wordt doorgrond, om te voorkomen dat een hapsnap-beleid tot weer nieuwe problemen leidt.
> (...)
> Mocht toch overgegaan worden tot uitbreiding, dan is een meer diepgaande discussie over de zedenwetgeving gewenst om tot een vereenvoudiging van de zedenwetgeving te komen.'[10]

Veel politieke partijen vroegen de minister nader in te gaan op het commentaar van het Clara Wichmann Instituut.[11] De minister reageerde als volgt:

> 'Het is goed dat de wetgever zich bij het doen van voorstellen voor een partiële wetswijziging de vraag stelt of daarmee kan worden volstaan dan wel het beter is

---

7 *Stb.* 1991, 519.

8 Zie over de inhoud van deze wijzigingen: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 1-2. Een overzichtelijke opsomming van alle wijzigingen in de zedentitel sinds 1945 wordt geboden in Wiarda 2012, p. 25 e.v.

9 Zie art. 167a Sv.

10 Clara Wichmann Instituut, 'Commentaar op het conceptwetsvoorstel Partiële wijziging zedelijkheidswetgeving', *Nemesis* 2000, afl. 6, p. 14-16.

11 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 5 (PvdA, VVD, D66 en GroenLinks).

> over te gaan tot een algehele herziening. Een algehele wijziging komt in beeld, wanneer een regeling als gevolg van een reeks van partiële wijzigingen haar onderlinge samenhang, coherentie en consistentie verliest en daardoor voor de praktijk moeilijk hanteerbaar wordt. Een algehele herziening kan ook nodig zijn wanneer de regeling als geheel verouderd raakt dan wel een wijziging daarin niet meer goed kan worden ingepast. Terughoudendheid is gepast met betrekking tot het in gang zetten van projecten, gericht op een integrale herziening van een wettelijke regeling. De totstandkoming ervan neemt immers veel tijd in beslag en vergt een grote investering in wetgevingscapaciteit. Het duurt voorts geruime tijd voordat een dergelijke wijziging zich in de praktijk heeft gezet en de nieuwe regels zijn uitgekristalliseerd. De vruchten van een algehele revisie zullen niet steeds op korte termijn kunnen worden geplukt.
>
> Ik ben van oordeel dat onze zedelijkheidswetgeving voldoende samenhang vertoont, in de praktijk hanteerbaar is, niet verouderd is en wijzigingen als de onderhavige daarin goed kunnen worden ingepast. De voorgestelde wijzigingen zijn geboden en dienen, mede vanwege de wenselijkheid van inwerkingtreding voor Nederland binnen afzienbare tijd van het ILO-verdrag betreffende het verbod en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid (Trb. 2000, nr. 52), op korte termijn in werking te treden. Daarom is een algehele herziening naar mijn mening nu niet aan de orde.
>
> Ik meen dat aan een volgend kabinet kan worden overgelaten om te bezien of een algehele herziening van onze zedelijkheidswetgeving in gang moet worden gezet. Als daartoe zou worden besloten, zal stellig worden bekeken of de huidige systematiek dient te worden gewijzigd, het bestaande begrippenapparaat dient te worden geactualiseerd en de regeling kan worden vereenvoudigd.’[12]

Deze reactie van de minister bevat verschillende interessante punten.

Ten eerste is hier in zekere zin sprake van een herhaling van zetten. Voor een deel is de reactie immers op dezelfde leest geschoeid als de reactie van de regering in de jaren ’80: volledige herziening kan niet aan de orde zijn omdat haast is geboden, terwijl aan een volgend kabinet wordt overgelaten om te bezien of algehele herziening in gang moet worden gezet.

Ten tweede is in de reactie een kader geschetst waarbinnen het herzieningsvraagstuk kan worden geëvalueerd. Volledige herziening komt volgens de minister in beeld wanneer de betreffende regeling als gevolg van een reeks wijzigingen onvoldoende samenhang vertoont en daardoor voor de praktijk moeilijk hanteerbaar wordt. Volledige herziening kan voorts nodig zijn ‘wanneer de regeling als geheel verouderd raakt dan wel een wijziging daarin niet meer goed kan worden ingepast’. In de ogen van de minister moet daar echter tegenover worden gesteld dat met een algehele herziening terughoudend moet worden omgegaan. De totstandkoming neemt veel tijd en wetgevingscapaciteit in beslag, terwijl het na totstandkoming lang kan duren voordat de nieuwe regeling zich in de praktijk heeft gezet. De minister noemt nog enkele zaken die bij een volledige herziening van de zedendelicten stellig zouden worden bekeken: de systematiek, het begrippenapparaat en de complexiteit.

Ten derde is tegen de achtergrond van dit beoordelingskader ook op meer inhoudelijke gronden verdedigd dat niet naar volledige herziening wordt gestreefd. De zedelijkheidswetgeving zou daarvoor te weinig van de genoemde kwetsbaarheden vertonen.

---

12 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 2.

Na deze reactie is algehele herziening niet meer aan de orde gesteld in het wetgevingstraject. De parlementaire discussies spitsten zich toe op de concreet voorgestelde wijzigingen.

In 2005 werden wederom wijzigingen doorgevoerd in de zedentitel. Zo werd onder meer de regeling van de strafverzwaringsgronden aangescherpt (art. 248 Sr). Voorts werd besloten de belangrijke zedendelicten in het toenmalige art. 250a Sr (kort gezegd: mensenhandel) op bepaalde onderdelen te verruimen tot alle vormen van dienstverlening, dus ook tot de niet-seksuele dienstverlening. Door deze verruiming achtte de wetgever verplaatsing aangewezen; de vernieuwde bepaling werd ondergebracht in art. 273a Sr van Titel XVIII, Boek II, Wetboek van Strafrecht, de 'misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid', waar het later zou worden vernummerd tot het huidige art. 273f Sr. Omdat sommige onderdelen hun specifieke seksuele strekking hebben behouden, kan worden geconstateerd dat bepaalde zedenmisdrijven thans niet meer in de zedentitel staan, maar in art. 273f Sr.[13]

Eerder waren al nieuwe delicten in de zedentitel ingevoegd: art. 248b Sr in 2000 (jeugdprostitutie) en art. 248c Sr in 2002 (het bijwonen van een seksshow waarbij een minderjarige is betrokken). Ter implementatie van het zogenoemde Verdrag van Lanzarote van de Raad van Europa[14], kwamen daar in 2010 nog twee delicten bij: art. 248d Sr (een jeugdige ertoe bewegen getuige te zijn van seksuele handelingen) en art. 248e Sr (grooming). Ook werden op basis van het genoemde verdrag de strafverzwaringsgronden in art. 248 Sr nogmaals uitgebreid. Ten slotte zagen in datzelfde jaar de strafbaarstellingen van bestialiteit (art. 254 Sr) en bestialiteitspornografie (art. 254a Sr) het licht, als resultaat van een nationale discussie.

Een nieuwe aanleiding voor het wijzigen van de zedentitel diende zich aan in 2011. In dat jaar kwam binnen de Europese Unie Richtlijn 2011/93/EU tot stand, een richtlijn 'ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie'. Op grond van de eerdere aanpassingen in de zedentitel voldeed Nederland al aan de meeste van de in de richtlijn vervatte verplichtingen. Niettemin achtte de regering voor een getrouwe implementatie enkele aanvullende wijzigingen noodzakelijk. Het ging om de introductie van art. 248f Sr (het uitlokken van ontucht met een derde) en om het andermaal aanscherpen en uitbreiden van de strafverzwaringsgronden in art. 248 Sr. Deze wijzigingen traden op 1 maart 2014 in werking. Toch hadden verschillende adviesorganen zich bij de totstandkoming van die wijzigingen kritisch uitgelaten over de noodzaak en consistentie van de voorstellen. Met name de Raad van State legde hier een verband met de systematiek binnen de zedentitel:

> '*4. De opzet van Titel XIV van het Wetboek van Strafrecht*
> Titel XIV van het Wetboek van Strafrecht, waarin de misdrijven tegen de zeden zijn opgenomen, is in de afgelopen jaren aangevuld met een aantal specifieke strafbaarstellingen. Daarbij is in artikel 248 Sr een aantal strafverzwarende om-

[13] Het betreft de misdrijven opgenomen in art. 273f lid 1 onder 3°, 5° en 9° Sr.

[14] Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (*Trb.* 2008, 58).

> standigheden opgenomen. Hierdoor bestaat nu al tot op zekere hoogte overlap tussen verschillende strafbepalingen. Het voorstel voegt hier nog een specifieke bepaling en een aantal strafverzwarende omstandigheden aan toe.
>
> Met de Nederlandse orde van advocaten is de Afdeling van oordeel dat de reeds bestaande en daaraan toegevoegde hoeveelheid specifieke strafbepalingen en strafverzwarende omstandigheden niet bevorderlijk is voor de duidelijkheid van de normstelling die uitgaat van Titel XIV, terwijl het gebruik van expliciete strafverzwarende omstandigheden kan leiden tot onnodige bewijsproblemen waar de rechter bij het gebruik van meer algemene strafbaarstellingen met dezelfde omstandigheden reeds in de strafmaat rekening zou kunnen houden.
>
> De Afdeling merkt in dat verband op dat deze differentiatie tevens de vraag oproept of er, gezien de relatieve zwaarte van de verschillende misdrijven, nog een voldoende balans bestaat tussen de onderscheiden strafmaxima. Zo zal ingevolge het voorstel voor ontucht onder dwang of dreiging een strafmaximum gelden van acht jaar, terwijl voor het onder dwang of dreiging teweegbrengen of bevorderen van ontucht met een derde een strafmaximum zal gelden van tien jaar. Gelet op de verwantschap in de aard van beide gedragingen is dit onderscheid in het relatieve gewicht van beide bepalingen niet zonder meer vanzelfsprekend.
>
> De Afdeling onderkent dat een implementatietraject zich niet leent voor een algemene herziening van Titel XIV of bredere beschouwingen op de onderlinge samenhang van verschillende reeds bestaande bepalingen. De Afdeling geeft evenwel in overweging in de toelichting in te gaan op de wenselijkheid van een toekomstige herziening en vereenvoudiging van Titel XIV binnen de randvoorwaarden van de richtlijn.'[15]

Net als bij de eerder besproken wetgevingstrajecten (1991 en 2002) werd ook hier door de regering gereageerd met de constatering dat de zedentitel onvoldoende gebreken vertoonde om tot algehele herziening over te gaan:

> 'In reactie op deze opmerkingen breng ik graag naar voren dat de Afdeling terecht constateert dat de zedentitel de afgelopen jaren aan verschillende wijzigingen onderhevig is geweest. De desbetreffende wijzigingen vonden in overwegende mate hun oorsprong in internationale verplichtingen. (...) Daarbij moet worden benadrukt dat de introductie daarvan volgde in reactie op nieuwe vormen van seksueel misbruik die zich op het internet openbaarden. (...)
>
> De voormelde en thans voorgestelde wetswijzigingen hebben naar mijn overtuiging niet geleid tot een verstoring in de onderlinge samenhang van de strafbepalingen uit de zedentitel of een uitgesproken onbalans in de te onderscheiden strafmaxima. Daarover zijn mij ook geen signalen uit de rechtspraktijk bekend. Tegelijkertijd is het van belang dat Nederland op het onderhavige beleidsterrein zijn internationale verplichtingen loyaal nakomt. Zoals te doen gebruikelijk bij de implementatie van richtlijnen wordt daarbij juist zoveel mogelijk getracht om aan te sluiten bij de bestaande systematiek van het Wetboek van Strafrecht. Dat desondanks soms overlap tussen strafbepalingen ontstaat, acht ik aanvaardbaar en komt elders ook voor in het Wetboek van Strafrecht. Ik zie derhalve geen dwingende reden om tot een herziening of vereenvoudiging van de zedentitel in het Wetboek van Strafrecht over te gaan.'[16]

Ondanks dit standpunt werd de kritiek van de Raad van State aangegrepen om het onderhavige onderzoek te laten doen naar de zedendelicten. De onderzoeksopdracht was erop gericht om binnen een beperkt tijdsbestek te komen tot beantwoording van de vraag of de zedentitel in verband met mogelijke

15 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 4, p. 13-14.
16 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 4, p. 14-15.

gebreken in de interne consistentie geheel of gedeeltelijk moest worden herzien.

1.2 Toetsingskader

1.2.1 Beoordelingsfactoren

De zojuist genoemde onderzoeksopdracht heeft geresulteerd in de formulering van de volgende drie beoordelingsfactoren met bijbehorende definities:

> *Samenhang*
> De mate waarin een verklaarbare en logische verhouding bestaat tussen bestanddelen in een bepaling, tussen de bepalingen in de zedentitel onderling, en tussen die bepalingen en bepalingen buiten die titel, waaronder bepalingen van internationale oorsprong.
>
> *Complexiteit*
> De mate waarin inspanning moet worden verricht om de betekenis van en samenhang tussen bepalingen te doorgronden.
>
> *Normstelling*
> De scherpte van de norm, zoals die tot uitdrukking komt in de bestanddelen, in de hoogte van het strafmaximum en in de verhouding tussen dat strafmaximum en die van andere bepalingen.

Dat de vraag of de zedentitel moet worden herzien wordt gerelateerd aan deze drie factoren, berust op de volgende uitgangspunten.

Allereerst werd het door de onderzoekers kwetsbaar geacht om ‘samenhang’ als enige toetssteen te hanteren, omdat samenhang ook kan bestaan zonder dat deze goed kenbaar is. Zo zal in hoofdstuk 2 blijken dat zich soms tussen bepaalde artikelen in de zedentitel ogenschijnlijke inconsistenties voordoen, maar dat de samenhang zich uiteindelijk laat zien na uitvoerige bestudering van verschillende wetgevingstrajecten en bijbehorende parlementaire stukken. De constatering dat daarmee de samenhang is gegeven, geeft in dat geval een geflatteerd beeld. Voor de staat van de zedentitel is immers eveneens van belang in welke mate die samenhang zichtbaar is, of, spiegelbeeldig gezegd, in welke mate inspanning moet worden verricht om die samenhang te doorgronden. Om die reden is ervoor gekozen inzichtelijkheid van de samenhang op te nemen als afzonderlijke toetssteen, onder de noemer ‘complexiteit’. In de definitie daarvan is rekening gehouden met het feit dat de inzichtelijkheid van de samenhang tussen bepalingen mede afhankelijk is van de mate waarin de betekenis van die bepalingen zelf inzichtelijk is.

Daarnaast is als derde toetssteen de ‘normstelling’ opgenomen. Hiermee wordt gedoeld op de scherpte van de norm in de zedenbepaling, zoals die tot uitdrukking komt in de delictsomschrijving, in de hoogte van het strafmaximum en in de verhouding tussen dat strafmaximum en die van andere zedenbepalingen. Het gaat met andere woorden om de vraag hoe goed de reikwijdte en de ernst van strafbaar gestelde gedragingen tot uitdrukking komen. Het is van belang te onderkennen dat het hier geen volledig autonome beoordelingsfactor betreft. De scherpte van de normstelling wordt voor een belangrijk deel

bepaald door de twee eerstgenoemde factoren: samenhang en complexiteit. De noemer is evenwel opgenomen omdat daarmee, ondanks de verbondenheid aan de andere factoren, een waarde wordt uitgedrukt die dikwijls afzonderlijk in ogenschouw wordt genomen.

1.2.2 De belanghebbenden: de burger, de jurist en de politicus

Het belang van strafwetgeving die voldoende samenhang vertoont, niet te complex is en heldere normstellingen bevat, brengen wij in verband met het legaliteitsbeginsel, in het bijzonder met het daarin vervatte *Bestimmtheitsgebot*; strafrechtelijke normen dienen voldoende duidelijk te zijn.

Van oudsher is het vooral de burger die daarbij als belanghebbende wordt gezien; de burger dient te weten hoe hij strafrechtelijke aansprakelijkheid kan vermijden. Daarbij gaat het om de burger als potentiële verdachte.[17] Met name in de onderhavige context kan daarbij veel op het spel staan, vanwege het sterk stigmatiserende karakter van de meeste zedendelicten, ook wanneer het slechts een verdenking betreft.[18] Daarnaast kan het belang van heldere strafwetgeving worden gekoppeld aan andere hoedanigheden van de burger. Moeilijk toegankelijke wetgeving raakt bijvoorbeeld ook de burger die meent slachtoffer te zijn geworden van bepaald strafrechtelijk onrecht en die wil weten welk ernst en gevolgen het strafrecht daaraan verbindt. Met name in het huidige tijdsgewricht, waarin wordt aangenomen dat het slachtoffer zich in het strafproces moet kunnen uitlaten over het bewijs, de kwalificatie en een passende strafmaat, wordt de relatie tussen slachtoffer en legaliteit steeds sterker.[19] Een derde hoedanigheid waarin de duidelijkheid van strafwetgeving voor de burger van invloed is, is die van kiesgerechtigde. Voor de uitoefening van het kiesrecht is voorstelbaar dat de kiesgerechtigde zijn opvattingen over wat op belangrijke terreinen wel en niet strafbaar zou moeten zijn, wil kunnen relateren aan wat op dat moment wel en niet strafbaar is.

Het legaliteitsbeginsel en het daarin besloten liggende belang van duidelijke strafwetgeving kunnen voorts in verband gebracht worden met de mensen die met strafwetgeving moeten werken: de juristen. Deze koppeling kan ook worden herkend in de opmerkingen van de minister over de vraag onder welke omstandigheden de zedentitel zou moeten worden herzien. Daarbij

---

17 Zie over het *Bestimmtheitsgebot* in relatie tot de hoedanigheid van burger en verdachte o.m. Mulder 1987 en Groenhuijsen & Kristen, *DD* 2001, met verwijzingen.

18 Illustratief in dit verband zijn de twee zelfmoorden die hebben plaatsgevonden onder de groep verdachten in de Heerlense zedenzaak met betrekking tot een minderjarige prostituee (zie daarover o.m. *NRC Handelsblad* 18 maart 2015, 'Binnenland'), en voorts de volgende vaststelling van zedenadvocaat Bart Swier op basis van zijn ervaringen: 'Je kunt beter veroordeeld worden voor inbraak, dan vrijgesproken van bezit van kinderporno.' Zie *Het Parool* 9 april 2015, p. 10.

19 Zie het aanhangige wetsvoorstel inzake de aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces; wetgevingsdossier 34 082. Voor dat voorstel lijkt op het moment van schrijven een groot politiek draagvlak te bestaan. Overigens kan hier ook de art. 12 Sv-procedure worden genoemd, aan de hand waarvan de belanghebbende burger kan opkomen tegen de beslissing van het openbaar ministerie om van vervolging af te zien of om de vervolging op te hangen aan een ander verwijt dan dat de belanghebbende juist en passend acht.

werd onder meer de ‘hanteerbaarheid’ van de zedentitel door hem vooropgesteld.[20] Het is evident dat ingewikkelde en weinig samenhangende strafwetgeving het werk van officieren van justitie, strafrechtadvocaten en strafrechters bemoeilijkt, en dat daaraan ook maatschappelijke kosten zijn verbonden.[21] Die kosten raken niet alleen de juristen zelf, maar ook, wederom, de burgers. Hoe complexer een regeling is, hoe hoger de kans is op uiteenlopende toepassing van dwangmiddelen en op uiteenlopende uitspraken, wat gepaard gaat met rechtsongelijkheid tussen niet-verdachten, verdachten en veroordeelden.[22]

Ten slotte is de duidelijkheid van strafwetgeving van belang voor de politicus. Zijn indruk van de strafwet beïnvloedt het innemen van standpunten en het ontplooien van initiatieven. Als collectief vormen de politici de wetgever, die voortdurend moet beoordelen of de strafwetgeving op grond van maatschappelijke ontwikkelingen en internationale afspraken aanvulling behoeft, en, indien dat het geval is, op welke wijze die aanvulling het beste in het bestaande systeem kan worden ingepast.

Aldus wordt het belang van zedenwetgeving die voldoende samenhang vertoont, niet te complex is en heldere normstellingen bevat, hier in verband gebracht met drie belanghebbenden: de burger, de jurist en de politicus.[23]

1.2.3 Wanneer is herziening aangewezen?

Tegen de achtergrond van het voorgaande rijst de vraag bij welke staat van de zedentitel in termen van samenhang, complexiteit en normstelling, tot de conclusie moet worden gekomen dat de zedentitel moet worden herzien.

Bij deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen een kleine herziening (een eenvoudige correctie) en een grondige herziening (een herziening die het stelsel van de zedendelicten of van een bepaalde groep daarvan raakt). De conclusie dat een kleine herziening nodig is, behoeft niet veel aanleiding en motivering. Een dergelijke herziening is dan ook niet de herziening die wij in de context van het toetsingskader bedoelen. Wij concentreren ons op de vraag wanneer grondige herziening nodig is.

In dit verband is duidelijk dat de beoordelingsfactoren zich moeilijk laten kwantificeren en dat voorts geen concreet kookpunt kan worden aangewezen waarboven grondige herziening is geïndiceerd. In deze context moet worden gewerkt met grovere en niet volledig objectiveerbare gradaties. Voor dit onderzoek wordt uitgegaan van het volgende criterium:

> Er is aanleiding de zedentitel grondig te herzien wanneer in hoge mate sprake is van onduidelijke samenhang, complexe regelingen en vage normstellingen.

---

20 Zie hiervoor, p. 11.

21 Vgl. Robinson 2005, waarin het legaliteitsbeginsel wordt gekoppeld aan de belangen van de burger en aan het werk van de rechter.

22 Vgl. Groenhuijsen & Kristen 2001, p. 332.

23 Een vergelijkbaar, maar op onderdelen afwijkend kader wordt geschetst in Kool, *DD* 1992, p. 264, op basis van de denkbeelden van Lieven Dupont (Dupont 1979, p. 49-50).

Vergelijkbare criteria kunnen worden ontwaard in de reacties van de regering die in paragraaf 1.1 zijn weergegeven. Bij het hierboven geformuleerde criterium wordt impliciet rekening gehouden met de terughoudendheid die met het herzien van de zedentitel moet worden betracht.[24] Het uitgangspunt is dat de baten van herziening per definitie opwegen tegen de kosten daarvan wanneer de burger, de jurist en de politicus worden geconfronteerd met een *hoge mate* van onduidelijke samenhang, complexe regelingen en vage normstellingen. Daarbij moet naar onze mening in het oog worden gehouden dat het hier geen zuiver economische kosten-batenanalyse betreft, maar ook een rechtstatelijke.

1.3 Vragen, methoden en opzet van het onderzoek

1.3.1 Onderzoeksvragen

De leidende vraag in dit onderzoek is of de staat van de zedentitel in termen van samenhang, complexiteit en normstelling, aanleiding geeft tot de conclusie dat de zedentitel grondig moet worden herzien. Deze algemene vraag is uitgesplitst in de volgende vier onderzoeksvragen:

Onderzoeksvragen	***Hoofdstuk***
Onderzoeksvraag 1 Welke bijzonderheden kunnen worden opgemerkt over de zedendelicten met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling?	2
Onderzoeksvraag 2 Welke herzieningssuggesties met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling blijken uit interviews met juristen?	3
Onderzoeksvraag 3 Welke herzieningssuggesties met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling blijken uit de literatuur vanaf 1999?	3
Onderzoeksvraag 4 Geeft de beantwoording van de eerdere vragen aanleiding tot de conclusie dat de zedentitel grondig moet worden herzien?	4

Tabel 1 - Onderzoeksvragen

1.3.2 Hoofdstuk 2

De eerste onderzoeksvraag betreft de analyse van de zedentitel door de onderzoekers zelf, met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling. De beantwoording van deze vraag is neergelegd in hoofdstuk 2. Daarbij wordt

[24] Zie hiervoor, p. 11.

gebruik gemaakt van nationale en internationale regelgeving, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur.

De indeling die in het tweede hoofdstuk wordt gevolgd en ook in de latere hoofdstukken van belang is, is niet gebaseerd op de wettelijke indeling maar op een eigen indeling van de zedendelicten. Deze indeling wordt toegelicht in paragraaf 2.2.3. Kort gezegd vloeit deze keuze voort uit het door ons ervaren gebrek aan werkbare systematiek in de wettelijke volgorde van de zedenbepalingen, en uit de constatering dat de eigen indeling ten behoeve van het onderzoek een betere prioritering van delictsgroepen in het onderzoek mogelijk maakt. Hieruit blijkt ook reeds dat de wettelijke volgorde door ons problematisch wordt geacht. In de evaluatie wordt hieraan afzonderlijk aandacht besteed.[25]

Het tweede hoofdstuk dient tevens ter algemene inleiding op de zedendelicten. Daarom worden niet alleen de door ons gesignaleerde bijzonderheden besproken, maar ook de basisstructuren die in de zedentitel liggen besloten.

Eerder werd vastgesteld dat de factoren samenhang, complexiteit en normstelling zich moeilijk laten kwantificeren. Eveneens is duidelijk geworden dat deze beoordelingsfactoren verband houden met elkaar. Het is mede daarom dat in het tweede hoofdstuk niet telkens wordt aangegeven of een bepaalde beschrijving wordt gegeven in het kader van inleidende opmerkingen, van samenhang, van complexiteit, van normstelling, of van een combinatie hiervan. Deze categorieën hebben dus weliswaar bepaald wat ter sprake wordt gebracht, maar van de precieze koppelingen wordt geen verslag gedaan. Dit laatste past ook minder goed bij het beschrijvende karakter van dit hoofdstuk. Een koppeling vindt wel plaats in het vierde hoofdstuk (evaluatie). Daarin wordt nadrukkelijk gekeken naar de mate van onduidelijke samenhang, complexe regelingen en vage normstellingen op basis van de bevindingen in hoofdstuk 2 en 3. In de evaluatie wordt derhalve veelvuldig teruggegrepen op de afzonderlijke onderdelen in het tweede hoofdstuk.

Voorts is van belang het volgende aan te geven over de wijze waarop het zedenrecht in hoofdstuk 2 wordt behandeld. Zoals gezegd is hoofdstuk 2 beschrijvend van opzet. Niettemin wordt tegelijkertijd veelvuldig gestuit op rechtsvragen over het zedenrecht die zich niet makkelijk laten beantwoorden. In zoverre kan het positieve recht dus niet worden beschreven zonder ook zelf te analyseren en te waarderen. In dat verband kan worden vermeld dat in hoofdstuk 2 terughoudend wordt omgegaan met het *impliciet* kiezen van de door ons meest plausibel geachte uitleg van een bepaling en met het vervolgens ten grondslag leggen van die uitleg aan de verdere beschrijving van het betreffende onderdeel. Vaak zal juist worden stilgestaan bij de reeks van mogelijke interpretaties en bij de validiteit daarvan. Deze werkwijze is ingegeven door de observatie dat dikwijls verschillend wordt gedacht over het zedenrecht en dat dit verband lijkt te houden met uiteenlopende lezingen van delictsomschrijvingen, jurisprudentie, wetsgeschiedenis en internationale instrumenten. Omdat de hoeveelheid niet-onaannemelijke interpretaties iets zegt over de samenhang, complexiteit en normstelling van het zedenrecht,

25 Zie paragraaf 4.2.

wordt derhalve niet zonder meer van de eigen interpretaties uitgegaan. Gegeven het voorgaande – er wordt op veel punten verschillend gedacht over het zedenrecht – zou een opeenstapeling van individualistische interpretaties tevens een wankele basis vormen voor de eindevaluatie. Hiermee is natuurlijk niet gezegd dat geen eigen standpunten worden ingenomen en evenmin dat derden zich altijd zullen kunnen vinden in die standpunten. Benadrukt zij evenwel dat zo veel mogelijk interpretaties zichtbaar zijn gemaakt en dat ook het bestaan van die vele interpretaties voor dit onderzoek van betekenis wordt geacht.

Ten slotte wordt opgemerkt dat bewust ervoor is gekozen de verschillende onderdelen in hoofdstuk 2 niet op te nemen in aparte hoofdstukken, hoewel de lijvige omvang van bepaalde onderdelen daartoe aanleiding had kunnen geven. Omdat de verschillende onderdelen van het hoofdstuk sterk in omvang variëren, nauw samenhangen en voortdurend met elkaar in verband worden gebracht, zijn zij als eenheid behouden.

1.3.3 Hoofdstuk 3

Het derde hoofdstuk staat in het teken van suggesties voor herziening van de zedentitel die zijn aangedragen in voor deze studie gehouden interviews (onderzoeksvraag 2) en in de literatuur (onderzoeksvraag 3). Het gaat om de neerslag van zeventien interviews die voor deze studie zijn gehouden met juristen, respectievelijk om de resultaten van een afzonderlijk documentenonderzoek. Een uitgebreide toelichting en verantwoording van deze deelonderzoeken zijn opgenomen in de inleiding van het hoofdstuk (paragraaf 3.1). Op deze plaats wordt volstaan met een beknopte omschrijving.

De interviews zijn gehouden met juristen die ambtshalve met de zedentitel te maken hebben. Er zijn interviews afgenomen met, kort gezegd, vijf officieren van justitie, vijf strafrechtadvocaten, vijf rechters, de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen en een strafrechtswetenschapper. De interviews waren gericht op de vraag of de respondent knelpunten in de zedenwetgeving ervaart die volgens hem of haar zouden moeten leiden tot wetswijziging. Met deze onderzoekscomponent werd ernaar gestreefd een beeld te krijgen van de manier waarop zoal wordt gedacht over de staat van de zedentitel, en de argumenten die daarbij worden gehanteerd. Hierbij kan een koppeling worden gemaakt met een opmerking van de minister in de eerder weergegeven wetsgeschiedenis. Het standpunt dat volgens hem geen aanleiding bestond de zedentitel meer systematisch te herzien, berustte mede op de omstandigheid dat hem ‘geen signalen uit de rechtspraktijk’ bekend waren dat de samenhang in de zedentitel zou zijn verstoord.[26] Hoewel het enkele bestaan van dergelijke signalen nog niet meebrengt dat tot herziening moet worden overgegaan, kunnen signalen van mensen die veel met de zedentitel moeten werken van betekenis zijn voor de vraag of herziening is aangewezen.

Wat de interviews betreft, zij hier reeds onderstreept dat de aan de vijftien in de rechtspraktijk werkzame juristen toegeschreven suggesties niet

[26] Zie hiervoor, p. 13.

kunnen worden geëxtrapoleerd naar de specifieke beroepsgroep waaruit ze afkomstig zijn. In de eerste plaats geldt dat de meeste geïnterviewden zich onderscheiden van hun beroepsgenoten door een bijzondere interesse in en een grote kennis over de zedentitel. Dat betekent dat geen sprake is van een aselecte steekproef. In de tweede plaats is het aantal geïnterviewden per beroepsgroep veel te klein om betrouwbare conclusies te kunnen trekken met betrekking tot de beroepsgroep in kwestie. Ten slotte is van belang dat de antwoorden zijn gegeven naar aanleiding van open vragen. Uit het feit dat *x* procent van de geïnterviewden zich achter een bepaalde suggestie schaart, kan derhalve niet a contrario worden afgeleid dat 100 – *x* procent van de geïnterviewden (of de populatie waaruit ze afkomstig zijn) de suggestie *niet* zou onderschrijven.

Het documentenonderzoek bestond in de kern uit een afzonderlijke literatuurstudie die erop was gericht concrete herzieningssuggesties te lokaliseren in de strafrechtelijke literatuur. Het verdient vermelding dat hierbij een zekere anomalie is opgetreden, naar aanleiding van een document dat ons, lopende het onderzoek maar nog vóór de interviews, is aangeboden door het college van procureurs-generaal van het openbaar ministerie. Dit document is geschreven door drie (zeden)officieren van justitie en bevat een aantal concrete herzieningssuggesties voor de zedentitel, met bijbehorende motivering. Het kan dus worden aangeduid als wetgevingsnotitie.[27] Omdat geen vergelijkbare documenten waren ontvangen van andere organisaties – zoals de Nederlandse Orde van Advocaten of de Raad voor de Rechtspraak – en organisaties daartoe ook niet uitdrukkelijk waren uitgenodigd vanwege de beperkte onderzoeksperiode, drong zich de vraag op of het document wel moest worden gebruikt. Een bijkomende bijzonderheid bestond hieruit, dat de drie auteurs van de wetgevingsnotitie tevens tot de groep van vijf toen nog te interviewen officieren van justitie behoorden. Uiteindelijk is ervoor gekozen het document mee te nemen in het onderzoek in hoofdstuk 3 als onderdeel van het documentenonderzoek. Het bevat een waardevolle inkijk in de opvattingen van drie ervaren zedenofficieren, terwijl juist door hun dubbele hoedanigheid van auteur en geïnterviewde het in zekere zin weinig verschil maakt of de opvattingen van deze officieren door middel van een interview alleen of door middel van een interview en een document worden ingebracht in het onderzoek. Belangrijk is daarbij wel dat ook de lezer erop bedacht dient te zijn dat de wetgevingsnotitie niet kan worden beschouwd als zelfstandige bijkomende bron naast de interviews. Ook blijft een bepaalde onevenwichtigheid bestaan doordat niet soortgelijke documenten zijn opgenomen van andere organisaties. Tegelijkertijd is in dit geval duidelijk dat niet alleen vijf officieren van justitie, maar ook vijf strafrechtadvocaten en vijf rechters tijdens de interviews alle ruimte hebben gekregen om naar voren te brengen wat door hen nodig en wenselijk werd geacht.

Ten slotte wordt vermeld dat de herzieningssuggesties thematisch zijn ingedeeld en dat daarbij de suggesties uit de interviews en uit de literatuur

[27] De wetgevingsnotitie is opgenomen in bijlage 3. Hoewel de definitieve versie van de wetgevingsnotitie in juni 2014 tot stand is gekomen, was de notitie al voor het begin en bekend raken van deze studie in concept gereed.

zijn samengevoegd, terwijl goed zichtbaar blijft welke suggestie van wie afkomstig is.

1.3.4 Hoofdstuk 4

Het vierde hoofdstuk vormt het sluitstuk van deze studie. In dit hoofdstuk wordt beoordeeld in hoeverre de beantwoording van de eerdere vragen aanleiding geeft tot de conclusie dat de zedentitel moet worden herzien (onderzoeksvraag 4). Het toetsingskader beschreven in paragraaf 1.2 is hierbij leidend. Ter beantwoording van deze slotvraag worden de vraagstukken die in ongunstige zin het sterkste effect lijken te hebben op de samenhang, complexiteit en normstelling in de zedentitel, nader geëvalueerd. Vanwege de hoeveelheid van de daarbij betrokken delicten en dwarsverbanden, wordt uitvoerig teruggegrepen op de analyses uit hoofdstuk 2.

1.4 Beperkingen

Het feit dat deze studie zich richt op de vraag of de zedendelicten moeten worden herzien, kan het beeld oproepen dat zo veel mogelijk facetten van de zedenwetgeving fundamenteel worden geanalyseerd, met oog voor de vraag of de bepalingen nog bij de tijd zijn in maatschappelijke zin. Hierbij dringt zich de vergelijking op met het al genoemde onderzoek van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving in de jaren '70 van de vorige eeuw, de commissie-Melai. Haar werkzaamheden richtten zich eveneens op de noodzaak van herziening van Titel XIV, en strekten zich uit over een periode van tien jaren.[28] Met betrekking tot het voorliggende onderzoek dienden aan het onderzoekskader evenwel duidelijke grenzen gesteld te worden vanwege de beschikbare onderzoekstijd in relatie tot de materie. Titel XIV is juridisch-technisch complex, beschermt uiteenlopende rechtsgoederen en omvat allerlei thema's van groot maatschappelijk belang. De beperkingen zijn zoals gezegd gevonden in het toetsingskader dat is beschreven in paragraaf 1.2.

Een gevolg van deze inkadering is ook dat niet alle bepalingen integraal aan een juridische analyse konden worden onderworpen. Zo is in deze rapportage weliswaar een belangrijke rol weggelegd voor bepaalde aspecten van art. 240b Sr (kinderpornografie), maar een diepgravende analyse van alle juridische aspecten van dat artikel ontbreekt. Dat vloeit voort uit de benadering waarin het accent wordt gelegd op de verbanden tussen de bepalingen onderling.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat ook art. 273f Sr (mensenhandel) geen zelfstandig onderzoeksobject is. In paragraaf 1.1 kwam ter sprake dat dit artikel niet in Titel XIV is opgenomen, maar materieel gezien wel enkele zedenmisdrijven bevat. Niettemin is tegen de achtergrond van de beschikbare onderzoekstijd en de complexiteit van art. 273f Sr, tot de conclusie gekomen

---

28 Het eindrapport van de commissie bevatte het advies over de zwaardere zedendelicten (Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980). Tussentijds bracht de commissie adviezen uit over andere onderwerpen, zoals pornografie (Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1973) en prostitutie (Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1977).

dat de uitdrukkelijke inbedding van art. 273f Sr in het onderzoek te veel aandacht zou wegnemen van de zedentitel zelf. Daaraan kan worden toegevoegd dat het dwarsverband tussen art. 273f Sr en de zedentitel op de keper beschouwd de prostitutiewetgeving betreft, en dat bij het zelfstandig onderzoeken van die wetgeving ook alle aanhangige nieuwe regelingen zouden moeten worden betrokken, regelingen die geen wijzigingen in de zedentitel beogen aan te brengen.[29] Dat art. 273f Sr niet zelfstandig wordt onderzocht, neemt overigens niet weg dat het artikel op enkele plaatsen op de voorgrond treedt. In die gevallen zijn bepaalde onderdelen van art. 273f Sr onmiskenbaar relevant en wordt daaraan aandacht geschonken.[30]

Ten slotte is een beperking van deze studie dat zij niet is ingericht om vraagstukken van sociaalwetenschappelijke of rechtspolitieke aard te waarderen. Een voorbeeld kan dit illustreren. In hoofdstuk 2 wordt tot de conclusie gekomen dat het in Nederland op zichzelf niet strafbaar is een kind pornografische teksten te laten lezen.[31] De stelling dat Nederland tot uitdrukkelijke strafbaarstelling van dit gedrag moet overgaan, zou kunnen worden gebaseerd op drie verschillende – hier: hypothetische – uitgangspunten: (i) de straffeloosheid is in strijd met Europese regelgeving, (ii) het lezen van pornografische teksten is zeer schadelijk voor het kind, en (iii) los van eventuele schadelijkheid is het lezen van pornografische teksten door kinderen iets wat we niet willen in Nederland. Het is van belang op te merken dat alleen uitgangspunt (i) voor deze studie direct relevant is. Er is dan immers een inconsistentie tussen twee regelingen. Het meenemen van sociaalwetenschappelijke (en medische etc.) inzichten zoals die in uitgangpunt (ii), is vanzelfsprekend van groot belang, maar valt in beginsel buiten het bestek van dit juridisch-systematisch onderzoek. Het behoeft daarnaast geen betoog dat uitgangspunt (iii) – hier bedoeld als eenvoudige weergave van een rechtspolitiek standpunt – in deze studie geen gewicht in de schaal kan leggen. Ook de rechtspolitieke stellingen in de interviewverslagen (hoofdstuk 3), kunnen in deze context niet representatief worden geacht.[32] Het voorgaande houdt in dat maar zeer beperkte ruimte bestaat voor argumenten die niet direct met de juridische context in verband staan. Wel spelen bepaalde algemene aannames een belangrijke rol in het toetsingskader (zie paragraaf 1.2) en in de evaluatie (hoofdstuk 4), aannames die als evidenties worden beschouwd. Daarbij valt te denken aan de aanname dat meer samenhang beter is dan minder samenhang en dat eenvoudig te doorgronden regelgeving beter is dan ingewikkelde regelgeving.[33]

---

29 Zie de wetsvoorstellen 32 211 (Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche), 33 885 (Wijziging van de Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche) en 34 091 (Wet strafbaarstelling misbruik prostitué(e)s die slachtoffer zijn van mensenhandel).

30 Zie bijvoorbeeld paragraaf 2.4.5 en paragraaf 2.8.3.3.

31 Zie paragraaf 2.4.4.6.

32 Vgl. in dit verband de kritiek van Hulsman op de onderzoeksmethode en vooronderstellingen van de commissie-Melai; Hulsman 1983, p. 237.

33 Vgl. de eerder weergegeven uitgangspunten van de minister (p. 11).

Hoofdstuk 2
Structuren en bijzonderheden in de zedenwetgeving

K. Lindenberg

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden facetten van de zedendelicten geanalyseerd met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling. Het hoofdstuk bevat tevens algemene inleidingen op de belangrijkste onderdelen van de zedenwetgeving.

Allereerst wordt eerst stilgestaan bij de wetsstructuur en bij alternatieve structuren die de analyse van de zedentitel kunnen vergemakkelijken (2.2). De rest van het hoofdstuk staat in het teken van specifieke thema's. Achtereenvolgend worden behandeld: de 'ontucht' (2.3), seksuele delicten tegen jeugdigen (2.4), seksuele delicten tegen lichamelijk en geestelijk onmachtigen (2.5), seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken (2.6), seksuele delicten door middel van dwang (2.7) en de strafverzwaringsgronden (2.8). Een bespreking van enkele meer losstaande thema's besluit het hoofdstuk (2.9). Op de belangrijkste bevindingen wordt teruggekomen in hoofdstuk 4.

2.2 Basisstructuren

2.2.1 Inleiding

De indeling van Titel XIV passeert hieronder artikelsgewijs de revue, waarbij korte opmerkingen worden gemaakt over de inhoud en volgorde. Nadien worden andere indelingen behandeld die de bespreking van de zedentitel kunnen vergemakkelijken.

2.2.2 Wetsstructuur

Titel XIV begint met twee betrekkelijk lichte delicten; schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) en pornografie (art. 240 Sr). De delictsomschrijvingen hebben met elkaar gemeen dat bescherming wordt geboden tegen ongewilde confrontatie met seksuele uitingen.

> Artikel 239 Sr
> Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:
> 1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;

2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar;
3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is.

Artikel 240 Sr
Met gevangenisstraf van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat een afbeelding of voorwerp aanstotelijk voor de eerbaarheid is en die afbeelding of dat voorwerp:
1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd, openlijk tentoonstelt of aanbiedt;
2°. aan iemand, anders dan op diens verzoek, toezendt.

De volgende twee bepalingen zijn specifiek gericht op de bescherming van jeugdigen; art. 240a Sr beschermt jeugdigen jonger dan zestien jaren tegen de confrontatie met voor hen schadelijk te achten afbeeldingen, terwijl art. 240b Sr ziet op gedragingen met betrekking tot kinderpornografie, zoals het vervaardigen en het in bezit hebben daarvan. Beide delictsomschrijvingen hebben weliswaar een zekere thematische overeenkomst met art. 240 Sr (pornografie), maar hun strekking is wezenlijk anders te noemen. Zo geldt art. 240a Sr ook voor afbeeldingen waar de jongere om heeft verzocht en voor alle afbeeldingen die voor de jeugdigen schadelijk zijn te achten, waaronder ook schadelijke gewelddadige afbeeldingen.[1] Daarnaast is de bepaling inzake kinderpornografie (art. 240b Sr) niet bedoeld om onverhoedse confrontatie met deze pornografie te voorkomen, maar om jeugdigen te vrijwaren van betrokkenheid bij pornografie.[2]

Artikel 240a Sr
Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft hij die een afbeelding, een voorwerp of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar, verstrekt, aanbiedt of vertoont aan een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar.

Artikel 240b Sr
1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.

1 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 3, p. 10.
2 *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1698; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 3, p. 10. Het rechtsgoed dat door art. 240b Sr wordt beschermd is met de jaren gegroeid; zie daarover p. 100 van deze studie.

2. Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

De structuur van de volgende reeks artikelen (art. 242 Sr tot en met art. 247 Sr) wordt in hoofdzaak bepaald door de vraag of sprake is van een seksueel binnendringen van het lichaam. Alleen de artt. 242, 243, 244 en 245 Sr vereisen een dergelijk seksueel binnendringen. De onderscheidingen binnen deze groep houden verband met de aard van de handeling en eigenschappen van het slachtoffer. Voor de toepasselijkheid van art. 242 Sr (verkrachting) dient het slachtoffer te zijn gedwongen tot het ondergaan van de penetratie. Vervolgens beschermt art. 243 Sr tegen gevallen van seksueel binnendringen bij, kort gezegd, lichamelijk of geestelijk onmachtigen. Ten slotte behelzen art. 244 en art. 245 Sr bepalingen gericht op de leeftijd van het slachtoffer; art. 244 Sr stelt de seksuele penetratie van een jeugdige jonger dan twaalf jaar strafbaar en art. 245 Sr de ontuchtige penetratie van een jeugdige tussen de twaalf en de zestien jaar.

Artikel 242 Sr
Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 243 Sr
Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 244 Sr
Hij die met iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 245 Sr
Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Voor ontuchtige handelingen die niet noodzakelijkerwijs een seksueel binnendringen opleveren, bieden art. 246 en art. 247 Sr hetzelfde type bescherming als art. 242 tot en met art. 245 Sr, zij het op gecondenseerde wijze. Art. 246 Sr (aanranding) is de lichtere variant van art. 242 Sr; aanranding ziet op

een geval van afgedwongen seks, maar penetratie is geen vereiste. Art. 247 Sr neemt zelfstandig de bescherming voor zijn rekening die eerder, bij gevallen van penetratie, werd geboden door drie artikelen (art. 243, 244 en 245 Sr); art. 247 Sr betreft ontuchtige handelingen met lichamelijk of geestelijk onmachtigen, en met jeugdigen jonger dan zestien jaar (hier bestaat geen aparte categorie van 12-minners). Ten slotte kan worden gewezen op een aanvullende, bijzondere strafbaarstelling in art. 247 Sr. Het betreft het verleiden van iemand jonger dan zestien jaar tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen met een derde (voor verleiding tot penetratie bestaat geen aparte strafbaarstelling). Zoals blijkt, is art. 247 Sr drager van diverse strafbaarstellingen van uiteenlopende aard.

> Artikel 246 Sr
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 247 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

In art. 248 Sr zijn de voor Titel XIV toepasselijke strafverzwarende gronden opgenomen. Dit zijn omstandigheden op basis waarvan het strafmaximum voor een bepaald zelfstandig zedendelict (het gronddelict) kan worden verhoogd.[3] Men zou een dergelijk artikel aan het eind van Titel XIV kunnen verwachten, althans volgend op de gronddelicten die in het artikel worden genoemd. Dat is niet het geval; art. 248 Sr geldt in veel gevallen ook voor delicten die na art. 248 Sr zijn opgenomen, waardoor het artikel nu tussen de relevante delicten staat ingeklemd. Hiervoor bestaat een historische verklaring. Bij de introductie van art. 248 Sr in 1886 reikten de gronddelicten niet verder dan art. 247 Sr.[4] In de loop der tijd is de groep delicten na art. 248 gegroeid en is in art. 248 Sr uitbreiding gegeven aan zowel de strafverzwarende gronden als aan de daaraan gekoppelde gronddelicten.[5]

---

3 Overigens is art. 248 Sr weliswaar het enige artikel in Titel XIV dat zich louter richt op strafverzwaringsgronden, maar niet het enige artikel dat deze gronden formuleert. Zoals bij art. 240b lid 2 Sr reeds was te zien, heeft de wetgever ook op enkele bijzondere plaatsen strafverzwaringsgronden opgenomen. Andere voorbeelden kunnen worden gevonden in art. 250 lid 2 Sr, art. 252 lid 2 en lid 3 Sr en art. 254a lid 2 Sr.

4 Vgl. Smidt II, p. 318.

5 Zie paragraaf 2.8.2.

Beknopt weergegeven is in het kader van de zedendelicten sprake van een strafverzwarende omstandigheid bij medeplegen (lid 1), bij het bestaan van een afhankelijkheidsrelatie tussen een jeugdig slachtoffer en de dader (lid 2), bij het misbruik maken van een 'kwetsbare positie' van een jeugdig slachtoffer (lid 3 en lid 4) en bij het bezigen van geweld tegen een jeugdig slachtoffer (lid 5 en 6). Deze laatste twee omstandigheden ('kwetsbare positie' en geweld) zijn telkens over twee leden verspreid, omdat sommige delicten per definitie tegen jeugdigen worden gepleegd (vgl. lid 3 en lid 5) en andere delicten dat kenmerk missen (vgl. lid 4 en lid 6). Bij de gronddelicten die dat kenmerk missen, is de jeugdige leeftijd als bestanddeel toegevoegd ('een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar'). Ten slotte geldt bij bepaalde delicten een verhoging van het strafmaximum in geval van zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar (lid 7) en in geval van de dood (lid 8).

Artikel 248 Sr
1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
7. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
8. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

Na art. 248 Sr volgt een reeks artikelen die zich alleen richten op misbruik van jeugdigen. Achtereenvolgend wordt strafbaar gesteld: het uitlokken van ontucht (art. 248a Sr); het gebruiken maken van de diensten van een zestien- en

zeventienjarige prostituee, kortweg 'jeugdprostitutie' (art. 248b Sr); het aanwezig zijn bij ontuchtige handelingen van een 18-minner (art. 248c Sr); een 16-minner getuige laten zijn van ontuchtige handelingen, ook wel het corrumperen van jeugdigen genoemd (art. 248d Sr); grooming (art. 248e Sr); en het uitlokken van ontucht met een derde (art. 248f Sr).

> Artikel 248a Sr
> Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248b Sr
> Hij die ontucht pleegt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248c Sr
> Hij die opzettelijk aanwezig is bij het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel bij het vertonen van afbeeldingen van dergelijke handelingen in een daarvoor bestemde gelegenheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248d Sr
> Hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, met ontuchtig oogmerk ertoe beweegt getuige te zijn van seksuele handelingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248e Sr
> Hij die door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, een ontmoeting voorstelt met het oogmerk ontuchtige handelingen met die persoon te plegen of een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij die persoon is betrokken, te vervaardigen wordt, indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248f Sr
> Hij die door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, het plegen van ontucht door een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

In art. 249 Sr wordt beschermd tegen misbruik in afhankelijkheidsrelaties, vaak ook aangeduid als misbruik van gezag. Het eerste lid betreft een delict alleen tegen jeugdigen, het tweede lid een delict tegen eenieder die zich in de beschreven situatie bevindt. De wet maakt hier geen onderscheid tussen gevallen met en gevallen zonder seksueel binnendringen; alle gevallen zijn verenigd in het begrip 'ontucht plegen'.

Artikel 249 Sr

1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
   1°. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;
   2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;
   3°. degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.

In art. 250 Sr wordt de zogenoemde 'koppelarij' strafbaar gesteld, een vorm van het bevorderen van ontucht met een minderjarige. Eerder kwamen al andere varianten van het bevorderen van dergelijke ontucht aan bod: in de bijzondere slotbepaling van art. 247 Sr en voorts in art. 248a Sr en art. 248f Sr.

Artikel 250 Sr

1. Wordt gestraft:
   1°. met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert;
   2°. met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die, buiten de gevallen genoemd onder 1°, het plegen van ontucht door een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert.
2. Indien de schuldige van het plegen van het misdrijf een gewoonte maakt, kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.

Art. 251 Sr maakt het mogelijk om bij veroordeling ter zake van de zwaardere zedendelicten, de veroordeelde te ontzetten van bepaalde rechten. De catalogus van rechten die bij een dergelijke ontzettingsbepaling in het algemeen in aanmerking komen, is opgenomen in art. 28 Sr. Art. 251 Sr beperkt zich tot ontzetting van het recht ambten of bepaalde ambten te bekleden (art. 28, lid 1 onder 1°), het recht te dienen bij de gewapende macht (art. 28, lid 1 onder 2°), het recht tot het zijn van raadsman of gerechtelijk bewindvoerder (art. 28, lid

1 onder 4°) en het recht bepaalde beroepen uit te oefenen (art. 28, lid 1 onder 5°).

> Artikel 251 Sr
> 1. Bij veroordeling wegens een der in de artikelen 240b tot en met 247 onderscheidenlijk 248a tot en met 250 omschreven misdrijven, kan ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten worden uitgesproken.
> 2. Indien de schuldige aan een der misdrijven in de artikelen 240b tot en met 247 en 248a tot en met 250 omschreven, het misdrijf in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

In art. 252 Sr en art. 253 Sr staan delicten die geen verband houden met seksualiteit en die Titel XIV daardoor een ruime strekking geven. Art. 252 Sr bevat bepalingen tegen het toedienen van bedwelmende drank aan dronken mensen en aan kinderen, en voorts tegen het uitoefenen van dwang tot het innemen van bedwelmende drank. Art. 253 beoogt te voorkomen dat kinderen beneden de leeftijd van twaalf jaar worden afgestaan aan anderen voor bedelarij dan wel voor gevaarlijke of ongezonde arbeid.

> Artikel 252 Sr
> 1. Met gevangenisstraf van ten hoogste negen maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft:,
>   1°. hij die aan iemand die in kennelijke staat van dronkenschap verkeert, bedwelmende drank verkoopt of toedient;
>   2°. hij die een kind beneden de leeftijd van zestien jaren dronken maakt;
>   3°. hij die iemand door geweld of bedreiging met geweld dwingt tot het gebruik van bedwelmende drank.
> 2. Indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
> 3. Indien het feit de dood ten gevolge heeft, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.
> 4. Indien de schuldige het misdrijf in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

> Artikel 253 Sr
> Hij die een onder zijn wettig gezag staand kind beneden de leeftijd van twaalf jaren aan een ander afstaat of overlaat, wetende dat het tot of bij het uitoefenen van bedelarij, van gevaarlijke kunstverrichtingen of van gevaarlijke of de gezondheid ondermijnende arbeid zal worden gebruikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.

De twee laatste bepalingen in Titel XIV hebben wel weer een seksuele strekking en houden verband met bestialiteit. Art. 254 Sr stelt de bestialiteit zelf strafbaar, terwijl art. 254a Sr zich richt op afbeeldingen daarvan; de bestialiteitspornografie.

Artikel 254 Sr
Hij die ontuchtige handelingen pleegt met een dier wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 254a Sr
1. Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding – of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding – van een ontuchtige handeling, waarbij een mens en een dier zijn betrokken of schijnbaar zijn betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in bezit heeft.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

Uit de bovenstaande opsommingen blijkt dat in de artikelvolgorde binnen Titel XIV weinig thematische ordening ligt besloten en dat de wetsstructuur bij kennisneming van de zedendelicten dus niet veel houvast biedt. De wetsstructuur is samengevat in tabel 2. Hierna worden andere structuren in Titel XIV zichtbaar gemaakt door een meer thematische bundeling van de bepalingen.

artikel in Titel XIV	***inhoudsindicatie***
art. 239 Sr	schennis van de eerbaarheid
art. 240 Sr	pornografie
art. 240a Sr	vertonen van schadelijke afbeeldingen aan 16-minner
art. 240b Sr	kinderpornografie
art. 242 Sr	verkrachting
art. 243 Sr	seksueel binnendringen bij lichamelijk of geestelijk onmachtige
art. 244 Sr	seksueel binnendringen bij 12-minner
art. 245 Sr	seksueel binnendringen bij iemand tussen 12 en 16 jaar
art. 246 Sr	aanranding
art. 247 Sr	ontucht plegen met lichamelijk of geestelijk onmachtige; ontucht plegen met 16-minner; 16-minner verleiden tot ontucht met een derde
art. 248 Sr	strafverzwaringsgronden
art. 248a Sr	uitlokken van ontucht van een 18-minner
art. 248b Sr	jeugdprostitutie
art. 248c Sr	aanwezigheid bij ontuchtige handelingen van een 18-minner
art. 248d Sr	seksueel corrumperen van een 16-minner
art. 248e Sr	grooming
art. 248f Sr	uitlokken van ontucht van een 18-minner met een derde
art. 249 Sr	ontucht met een minderjarige afhankelijke; ontucht met een functioneel afhankelijke
art. 250 Sr	koppelarij
art. 251 Sr	ontzetting van rechten
art. 252 Sr	toedienen van bedwelmende drank
art. 253 Sr	afstaan van 12-minner voor gevaarlijke arbeid
art. 254 Sr	bestialiteit
art. 254a Sr	bestialiteitspornografie

Tabel 2 - Indeling van de zedendelicten op grond van de wettekst

2.2.3 Alternatieve structuren

2.2.3.1 Inleiding

Het nut van een alternatieve bundeling van de zedendelicten is afhankelijk van het doel dat daarmee wordt beoogd. Zo zal men bij interesse in de reikwijdte van de strafwet met betrekking tot pornografie, acht willen slaan op art. 240, 240a, 240b, 248c, 248e en 254a Sr. Een dergelijke bundeling vergemakkelijkt evenwel nog niet de analyse van Titel XIV als geheel. Duidelijk is namelijk dat bij een dergelijke indeling de overige delicten zich niet meer goed laten structureren. Zo is bij het gegeven voorbeeld geen ruimte om zedenmisdrijven tegen jeugdigen van een aparte positie te voorzien, omdat voor die groep wederom dient te worden gewezen op de artt. 240a, 240b, 248c en 248e Sr.

2.2.3.2 De drieledige structuur van Van Veen

Ten behoeve van de ordening van zedendelicten onderscheidde Van Veen drie categorieën: delicten tegen de verdraagzaamheid, delicten tegen het gestelde vertrouwen en delicten tegen de persoonlijke vrijheid.[6] Schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) en pornografie (art. 240 Sr) beschouwde hij als misdrijven tegen de verdraagzaamheid. Daarbij is het onrecht zuiver erin gelegen dat de dader onvoldoende rekening houdt met de gevoelens van anderen; van een inbreuk op de seksuele integriteit is geen sprake. Misbruik maken van afhankelijke personen, zoals het misdrijf in art. 249 lid 2 Sr, zag hij als misdrijven tegen het gestelde vertrouwen. Verdachten die deze delicten begaan, zijn voor een verleiding bezweken zonder de noodzaak zich aan geweld of bedreiging schuldig te maken. Ten slotte bestempelde hij verkrachting (art. 242 Sr) en aanranding (art. 246 Sr) als delicten tegen de persoonlijke vrijheid. Deze delicten vinden per definitie tegen de wil van de betrokkene plaats en liggen in de sfeer van de geweldpleging. Als wij het goed zien – Van Veen ging hier niet gedetailleerd op in – is de inhoud van zijn categorie 'misdrijven tegen het gestelde vertrouwen' ruimer dan alleen het door hem genoemde misbruik van gezag.[7] Niet alleen de functioneel afhankelijken (art. 249 lid 2 Sr), maar ook de andere kwetsbare groepen kunnen daaronder worden gebracht: de lichamelijk en geestelijk onmachtigen, en de jeugdigen. Het gemeenschappelijke kenmerk van deze groepen (functioneel afhankelijken, personen die lichamelijk dan wel geestelijk onmachtig zijn, en jeugdigen) is dat zij de nodige weerbaarheid missen. De maatschappij stelt een bijzonder vertrouwen in hen die gezag over deze kwetsbaren bezitten (zoals ouders, artsen en verzorgers), maar ook een algemeen vertrouwen in de willekeurige burger dat van de bestaande onmacht geen misbruik wordt gemaakt. Een dergelijke structurering van de zedendelicten geeft het volgende beeld.

---

6 Van Veen, *DD* 1980, p. 685-687.

7 In dezelfde zin: Boelrijk 1997, p. 121.

Categorie	*Betrokken zedendelicten*
delicten tegen de verdraagzaamheid	schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) en pornografie (art. 240 Sr)
delicten tegen het gestelde vertrouwen	zedendelicten tegen functioneel afhankelijken, tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen, en tegen jeugdigen
delicten tegen de persoonlijke vrijheid	verkrachting en aanranding (art. 242 en art. 246 Sr)

Tabel 3 - Indeling van de zedendelicten gebaseerd op de denkbeelden van Van Veen

Deze indeling is aantrekkelijk door haar eenvoud, maar is ook betrekkelijk grof. De indeling vangt niet alle bepalingen, laat complexe en heterogene structuren binnen de categorieën bestaan en brengt geen rangorde aan die voor de onderhavige evaluatie van belang kan worden geacht. Zoals hierna wordt geïllustreerd, is de indeling niettemin dienstig aan de rubricering van bij de zedendelicten betrokken rechtsgoederen en daardoor aan de duiding van de zedendelicten als geheel.

Bij delicten tegen de verdraagzaamheid wordt niet de seksuele integriteit geschonden, maar het seksueel schaamtegevoel. Daarbij is echter niet het individuele schaamtegevoel doorslaggevend, maar het 'normaal ontwikkeld schaamtegevoel', wat een abstracte meerderheidsopvatting aanduidt. Het gaat met andere woorden om de publieke moraal, in het bijzonder om de heersende seksuele moraal van de rechtsgemeenschap (de 'goede zeden').[8] Delicten tegen de verdraagzaamheid zijn dus in essentie geen zedendelicten tegen het individu, maar tegen de gemeenschap. De openbare orde is daarmee een wezenlijk onderdeel van het beschermde rechtsgoed. Zo is eerder wel bepleit om art. 239 Sr en art. 240 Sr te verplaatsen naar Titel V van Boek II Sr, waarin de misdrijven tegen de openbare orde zijn geregeld.[9] Typerend voor de misdrijven tegen de verdraagzaamheid is de opvatting van de Hoge Raad ter zake van schennis van de eerbaarheid, dat iemand toch 'zijns ondanks' (een bestanddeel in art. 239 Sr) aanwezig kan zijn bij een schennispleging, ook al heeft diegene van de schennisbepalende omstandigheden niets gemerkt.[10]

Het verschil tussen delicten tegen het vertrouwen en delicten tegen de verdraagzaamheid is dat de delicten tegen het vertrouwen in beginsel wel de seksuele integriteit van de betrokkene schenden. De betrokkene zelf wordt als

---

8 Vgl. HR 17 november 1970, *NJ* 1971/373 (art. 240 Sr), HR 1 december 1970, *NJ* 1971/374, m.nt C.B. (art. 239 Sr), HR 19 november 1974, *NJ* 1975/133 (art. 239 Sr), HR 28 oktober 1975, *NJ* 1976/120, m.nt. Th.W.v.V. (art. 239) en Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 240 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 13 juli 2012).

9 Zie hierover de noot van Bronkhorst onder HR 1 december 1970, *NJ* 1971/374 en voorts Schalken 1972, p. 252; De Hullu & Van der Neut 1985, p. 136, met verwijzingen.

10 HR 4 mei 1953, *NJ* 1953/488, m.nt. B.V.A.R; HR 17 oktober 1961, *NJ* 1962/35, m.nt W.P.

gekrenkte gezien, of ten minste als degene tegen wie de gevaarzettende handeling zich richtte. Dat die betrokkene zelf aangeeft de handeling te willen, hoeft echter geenszins mee te brengen dat van het betreffende strafbare feit geen sprake meer kan zijn. In delicten tegen het vertrouwen zit dus een component van paternalisme[11], althans van geobjectiveerde belangenbehartiging. De delictsomschrijving geeft aan hoe de kwetsbare groep, desnoods tegen zichzelf, moet worden beschermd. Dat brengt mee dat het rechtsgoed 'seksuele integriteit' bij deze delicten niet kan worden vereenzelvigd met het rechtsgoed 'seksuele zelfbeschikking'. Weliswaar kan soms materieelrechtelijk rekening worden gehouden met het zelfbeschikkingsrecht, maar die mogelijkheid is ook dan slechts beperkt.[12]

Bij de hiervoor gedefinieerde delicten tegen de persoonlijke vrijheid schuiven de rechtsbelangen 'seksuele integriteit' en 'seksuele zelfbeschikking' meer in elkaar. Wanneer de betrokkene de handelingen niet ervaart als schending van de seksuele integriteit, is daarmee de straffeloosheid min of meer gegeven; van 'dwingen' in de zin van art. 242 Sr en art. 246 Sr kan alleen sprake zijn bij handelingen die tegen de wil van de betrokkene plaatsvinden. Bij deze delictsgroep wordt de betrokkene dus niet alleen als de gekrenkte aangemerkt, maar ook als degene die in beginsel exclusieve zeggenschap heeft over de eigen seksuele integriteit.

2.2.3.3 Structuur ten behoeve van deze studie

Een meer directe benadering van de misdrijven in Titel XIV, is die waarbij de delicten in de tweede en derde categorie van Van Veen met elkaar op één lijn worden gesteld, maar wel worden onderscheiden. Het betreft de seksuele delicten (i) tegen jeugdigen, (ii) tegen personen die op een bepaalde manier geestelijk of lichamelijk onmachtig zijn, (iii) tegen personen met een bepaalde functionele afhankelijkheid en (iv) tegen personen door middel van dwang. De vier categorieën hebben gemeen dat zij personen vertegenwoordigen van wie de seksuele integriteit op afzonderlijke wijze dient te worden beschouwd en beschermd. Daarbij kan de laatste categorie ('seksuele delicten tegen personen door middel van dwang') worden gezien als de categorie die elk individu vertegenwoordigt, of men nu wel of niet tevens onder een van de andere categorieën valt. Thans wordt de seksuele integriteit van eenieder strafrechtelijk beschermd in geval van dwang.

Het afzonderlijk beoordelen van deze vier categorieën ziet men terug in de wetsgeschiedenis, met name ook in de voorbereidende werkzaamheden van de Commissie-Melai.[13] De categorieën zijn te beschouwen als apart functionerende systemen binnen Titel XIV en omvatten tevens alle zware zedenmisdrijven. Om deze redenen wordt in de onderhavige studie bij deze categorieën aangeknoopt.[14] De categorieën laten voorts ruimte om de overige bepa-

---

[11] Vgl. De Roos, *NJB* 2010/1790.

[12] Zie hierover paragraaf 2.3.

[13] Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980.

[14] Zie ook paragraaf 1.3.2.

lingen in Titel XIV in een integrale indeling mee te nemen, zoals is gedaan in tabel 4. Daarbij is art. 248 Sr als aparte categorie opgenomen, omdat ook hier sprake is van een afzonderlijk systeem binnen Titel XIV. Bij dit complexe systeem wordt op verschillende manieren verbinding gemaakt met alle eerder genoemde delictscategorieën. Ten slotte zijn de overgebleven bepalingen opgenomen als restcategorie. Daarin liggen delicten besloten van betrekkelijk lichte of atypische aard.

bepaling houdt verband met:	***seksualiteit***		***iets anders dan seksualiteit***	
leeftijd	art. 240a Sr	vertonen etc. van schadelijke afbeeldingen <16jr[15]	art. 252 Sr	toedienen van bedwelmende drank aan kinderen
	art. 240b Sr	kinderpornografie	art. 253 Sr	kind afstaan voor bedelarij of gevaarlijke verrichtingen
	art. 244 Sr	seksueel binnendringen 12-minner		
	art. 245 Sr	ontuchtig binnendringen 12-16jr		
	art. 247 Sr	ontuchtige handelingen 16-minner en verleiding 16-minner tot ontucht met een derde		
	art. 248a Sr	verleiding, overwicht, misleiding <18jr		
	art. 248b Sr	jeugdprostitutie; 16-18jr		
	art. 248c Sr	aanwezigheid bij ontuchtige handelingen 18-minner		
	art. 248d Sr	corrumperen van 16-minner		
	art. 248e Sr	grooming 16-minner		
	art. 248f Sr	uitlokken van ontucht van 18-minner met een derde		
	art. 249-1 Sr	ontucht met minderjarige afhankelijke		
	art. 250 Sr	koppelarij		
geestelijke of lichamelijke onmacht	art. 243 Sr	seksueel binnendringen bij bewusteloze, lichamelijk onmachtige of iemand met verminderd bewustzijn of een stoornis		
	art. 247 Sr	ontuchtige handelingen bij bewusteloze, lichamelijk onmachtige of iemand met verminderd bewustzijn of een stoornis		
functionele afhankelijkheid	art. 249-2 Sr	ontucht met functioneel afhankelijke		
dwang	art. 242 Sr	verkrachting		
	art. 246 Sr	aanranding		
strafverzwaringsgronden	art. 248 Sr			
schennis van de eerbaarheid	art. 239 Sr			
pornografie	art. 240 Sr			
dieren	art. 254 Sr	bestialiteit		
	art. 254a Sr	bestialiteitspornografie		
toedienen van bedwelmende drank aan dronken personen			art. 252 Sr	

Tabel 4 - Indeling van de zedendelicten ten behoeve van deze studie

15 Bij art. 240a Sr kan het strikt genomen ook gaan om schadelijke afbeeldingen die geen verband houden met seksualiteit. In de gepubliceerde rechtspraak gaat het echter altijd om pornografisch materiaal. Zie hierover nader paragraaf 2.4.4.8.

2.3 'Ontucht'

2.3.1 Inleiding

Sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht worden de zedendelicten gekenmerkt door termen die op enigerlei wijze de 'eerbaarheid' uitdrukken.[16] Soms is dit begrip zelf bestanddeel, zoals in art. 239 Sr ('schennis van de eerbaarheid') en art. 240 Sr (pornografie; 'aanstotelijk voor de eerbaarheid'), in welke delicten de publieke eerbaarheid wordt beschermd. Bij de bescherming van de eerbaarheid van het individu is doorgaans gekozen voor de begrippen 'ontucht', 'ontuchtig' en 'ontuchtige handelingen'. Deze begrippen komen thans voor in de artt. 245, 246, 247, 248a, 248b, 248c, 248d, 248e, 248f, 249, 250, 254 en 254a Sr, en vormen daarmee een belangrijke kern van het zedenrecht. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de belangrijkste punten over deze begrippen in de wetsgeschiedenis en rechtspraak, en worden vervolgens enkele complexe facetten uitgelicht. Kortheidshalve wordt doorgaans gesproken van 'ontucht', ook waar de andere wetsuitdrukkingen ('ontuchtig' en 'ontuchtige handelingen') worden bedoeld.

2.3.2 Kernpunten in de wetsgeschiedenis

2.3.2.1 Inleiding

Uit oudere rechtspraak en literatuur is af te leiden dat het bestanddeel 'ontucht' al langer werd gezien als een bestanddeel waarin ook de wederrechtelijkheid ligt besloten. Het bestanddeel bevat dus een bepaald onrechtsgehalte; 'ontucht' is een diskwalificatie. Vanuit deze optiek kan de ontucht in algemene termen van de wederrechtelijkheid worden gedefinieerd als het verrichten van seksuele handelingen zonder redelijk middel of zonder redelijk doel.[17] Tot een richtinggevende definitie in de rechtspraak is het destijds niet gekomen. Tegen die achtergrond heeft de Commissie-Melai in de jaren zeventig van de vorige eeuw geprobeerd een nieuw systeem van zedendelicten te ontwerpen met de neutralere term 'seksuele handelingen'. In de ogen van de commissie zou dat dienstig kunnen zijn aan de helderheid van de bepalingen. De wederrechtelijkheid van het strafbaar gestelde gedrag werd uitgedrukt door de combinatie van de gekozen bestanddelen, zoals 'iemand beneden de leeftijd van zestien jaren bewegen tot het dulden of plegen van seksuele handelingen'. Een jeugdige *bewegen* tot seks, daarin was de strafwaardigheid gelegen.[18] De wetgever heeft dit systeem echter niet overgenomen bij de herziening van de zedenwetgeving in 1991, omdat tot de conclusie werd gekomen dat de be-

---

16 Vgl. Van Bemmelen 1967, p. 173 en 183-184. Kenmerkend is dat, bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht, de memorie van toelichting bij de seksuele delicten in Titel XIV het opschrift 'Misdrijven tegen de eerbaarheid' droeg. Zie Smidt II, p. 280.

17 Vgl. Pompe 1959, p. 111-112; Van Bemmelen 1967, p. 173 en 183-184. Van Bemmelen was voorstander van een meer neutrale, niet-diskwalificerende uitleg.

18 Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980, p. 21-31, 44.

schermende functie van de zedendelicten beter gewaarborgd zou zijn bij behoud van het oude systeem.[19] Niettemin heeft de term 'ontuchtig' tot veel parlementaire discussies geleid in de aanloop naar de herziening in 1991, waardoor kan worden gesteld dat bij die herziening nieuwe invulling is gegeven aan de term. Dit wetgevingstraject wordt nu besproken. Daarna wordt ingegaan op de opmerkingen die later, bij de voorbereiding van nieuwe wijzigingen in 2002, door de wetgever over het begrip 'ontucht' zijn gemaakt.

2.3.2.2 1991

In de memorie van toelichting werd voor de algemene kenmerken van het bestanddeel 'ontucht' aangeknoopt bij de betekenis die in Noyon-Langemeijer-Remmelink aan dat bestanddeel werd gegeven: handelingen gericht op seksueel contact, althans contact van seksuele aard, in strijd met de sociaal-ethische norm.

> '[De Commissie-Melai] verkoos de kleurloze term seksuele handeling boven de moreel geladen term ontucht en ontuchtige handelingen. In Noyon-Langemeyer-Remmelink wordt gezegd: «Men zal mijns inziens bij ontucht meer moeten denken aan handelingen, gericht op seksueel contact althans contact van seksuele aard in strijd met de sociaal-ethische norm zonder dat het hier om buitengewone afschuwwekkende daden zou gaan.» Hieruit blijkt dat ook volgens dit commentaar ontucht of ontuchtige handelingen een andere, meer geladen, betekenis hebben dan seksuele handelingen. Dit heeft tot gevolg dat men deze termen niet zonder meer door elkaar kan gebruiken.'[20]

Daarmee werd ook bevestigd dat 'ontucht' een diskwalificatie betreft; de wederrechtelijkheid vindt haar uitdrukking in de eis dat de sociaal-ethische norm moet zijn geschonden. Gegeven deze definitie, vroegen veel parlementariërs zich af hoe strikt het bestanddeel 'ontucht' zou functioneren in de strafbaarstellingen van ontucht met minderjarigen tussen de twaalf en zestien jaar, met lichamelijk en geestelijk onmachtigen en met mensen in een afhankelijkheidsrelatie (zoals de arts-patiënt relatie). Gevreesd werd dat het seksuele zelfbeschikkingsrecht van de betrokken personen – bijvoorbeeld de vijftienjarige, de geestelijk beperkte en de patiënt – te zeer zou kunnen worden beknot onder invloed van de publieke moraal.[21] De minister benadrukte dat een evenwicht moest worden gevonden tussen vrijheid en bescherming, en dat de betrokken groepen dus enerzijds niet verstoken mochten blijven van bescherming, maar anderzijds ook niet 'seksueel onaantastbaar' moesten zijn:

> 'Vervolgens stelden [de leden van de P.v.d.A-fractie] dat de argumentatie om in het voorliggend voorstel de oude term «ontucht of ontuchtige» handelingen te handhaven hen geenszins heeft kunnen overtuigen. Zij menen met mij dat «ontucht» veronderstelt seksueel contact in strijd met de sociaal-ethische norm, doch zij konden daaraan juist geen argument ontlenen bedoelde term te handhaven, waarbij voor de strafbaarheid

---

19 Zie o.m. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 2 en nr. 4, p. 4.

20 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 2. Zie voorts *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 4.

21 Zie o.m. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 4 en *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 7.

> niet uitsluitend zou zijn vereist dat iemands seksuele integriteit is geschonden, maar bovendien relevant is of er sprake is van strijd met de normen van de (toevallige) maatschappelijke meerderheid - de dominerende publieke moraal. Dit zou naar de mening van deze leden niet anders kunnen betekenen dan dat de staat optreedt als zedenmeester. Ik heb de indruk dat deze leden mijn betoog omtrent het verschil tussen een bepaling waarin wordt gesproken over seksuele handelingen en een bepaling waarin wordt gesproken over ontuchtige handelingen verkeerd hebben begrepen. Het doel van de zedelijkheidswetgeving is naar mijn oordeel het beschermen van de seksuele integriteit van personen, die daartoe zelf, op een bepaald moment dan wel in het algemeen, niet in staat zijn. Tot de eerste categorie behoren degenen, die in het algemeen wel in staat zijn hun seksuele zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen, doch op een bepaald moment niet, bijvoorbeeld omdat geweld wordt gebruikt, of omdat zij bewusteloos zijn. De wet beschermt ook groepen van personen, die in het algemeen niet in staat worden geacht zelf hun seksuele integriteit te beschermen. Dat zeer jeugdige kinderen daartoe niet in staat zijn, is duidelijk. Zij dienen beschermd te worden tegen alle handelingen die als seksuele handelingen kunnen worden gekwalificeerd. De vraag is hoe lang men jeugdigen moet beschermen, met andere woorden op welke leeftijd zij kunnen worden geacht in staat te zijn hun seksuele zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen. In het Wetboek van Strafrecht is gekozen voor de leeftijdgrens van zestien jaar voor jeugdigen in het algemeen en voor de meerderjarigheidsgrens voor afhankelijken. Wanneer alle «seksuele handelingen» met jeugdigen onder die leeftijd verboden zouden zijn, dan zou deze categorie geheel seksueel onaantastbaar zijn.'[22]

Tijdens de plenaire behandeling verdedigde de minister wederom de keuze om bij het oude systeem, met de ontuchtbestanddelen, te blijven. Hij stelde geen term te kunnen aanwijzen die het benodigde evenwicht beter kon uitdrukken[23]:

> 'Als wordt gezegd dat je het begrip "ontucht" moet uitbannen, dan moet de vraag zijn: wat stel je hiervoor in de plaats? De alternatieven die tot nu toe zijn voorgesteld, reiken verder dan een verandering in de terminologie. Zij leiden er namelijk toe dat er een verandering in de wetgeving als zodanig optreedt. Deze term, die misschien door een andere zou worden vervangen als wij ons in een nul-situatie bevonden, heeft een bepaalde juridische betekenis. Hierin weegt ook het maatschappelijk onwenselijke van een gedraging mee. Uit onderzoek blijkt dat mensen, vooral vrouwen, later vaak ernstige psychische problemen krijgen tengevolge van seksuele ervaringen in hun jeugdjaren. Vaak verzet de jeugdige zich niet tegen de seksuele verlangens van de ander. Die ander zal dan ongetwijfeld aanvoeren dat de jeugdige zelf wilde of zich althans niet heeft verzet. Als je het woord "ontucht" zou vervangen door "seksuele handelingen zonder toestemming", dan zou je ook in dat soort situaties jezelf juridisch onthand maken.'[24]

In de reacties van de minister kwam naar voren dat hij in zijn algemeenheid geen 'ontucht' gelegen zag in een 'seksueel getint stoeipartijtje tussen jeugdigen', in de 'hulpverlener, bijv. een arts, die zijn vrouw of vriendin als patiënt in behandeling heeft' en evenmin in 'de jeugdige leraar die 'verloofd' is met een zeventienjarig meisje uit de hoogste klas'.[25] Het ontbreken van ontuchtigheid moest blijken uit de omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld, in het geval

---

22 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 4-5.

23 Gekscherend is tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer tot het alternatief 'gedonderjaag' gekomen (*Handelingen II*, 18 oktober 1990, p. 597 en 606).

24 *Handelingen II*, 18 oktober 1990, p. 583.

25 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 4-5 en 18.

van jeugdigen, uit een gering leeftijdsverschil[26] of bij een seksuele relatie tussen jeugdigen onder de zestien jaar die geheel vrijwillig die relatie zijn aangegaan.[27]

Uit de wetsgeschiedenis blijken voorts enkele systematische keuzes met betrekking tot het bestanddeel 'ontucht'. Zo kon dat bestanddeel volgens de wetgever worden gemist in art. 242 Sr (verkrachting), art. 243 Sr (seksueel binnendringen bij een lichamelijk of geestelijk onmachtige) en art. 244 Sr (seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar). In die gevallen zijn de beschermde personen door de dwang, de onmacht of de jeugdige leeftijd nagenoeg geheel weerloos, waardoor de handelingen 'in zich zelf reeds ontuchtig zijn en daarmee misdrijven tegen de zeden', aldus de minister.[28] Deze gedachte over intrinsieke ontuchtigheid lijkt echter niet overal op begrijpelijke wijze te zijn doorgevoerd, zoals blijkt uit het volgende.

Allereerst is in de strafbaarstelling van aanranding de ontucht blijven staan:

> Artikel 246
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

In deze redactie wordt de indruk gewekt dat bepaalde gevallen van seksuele handelingen die tegen de wil van de betrokkene worden bewerkstelligd, toch niet in strijd met de sociaal-ethische norm zijn te achten. De minister heeft weliswaar opgemerkt dat 'ontucht' kan worden gemist in bepalingen die het bestanddeel 'dwingen' bevatten[29], maar tot aanpassing van art. 246 Sr heeft dat niet geleid.

Ook de redactie van art. 247 Sr roept vragen op in verband met het voorgaande.

> Artikel 247
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

De geformuleerde vormen van lichamelijke en geestelijke onmacht zijn gelijk aan die in art. 243 Sr. Ten aanzien van deze onmacht werd bij art. 243 Sr

26 *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 13, p. 4; *Handelingen I*, 8 oktober 1991, p. 18-20.
27 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 8, p. 6.
28 *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 13, p. 4.
29 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 14.

overwogen dat mensen daardoor ‘nagenoeg geheel weerloos’ werden geacht, wat leidde tot weglating van de ontuchtigheid als bijkomende eis. De bescherming van deze groep in art. 247 Sr is daarentegen wel gekoppeld aan het bestaan van 'ontuchtige handelingen’. Gegeven de uitgangspunten valt niet direct in te zien waarom de ‘weerloosheid’ hier anders moet worden gewaardeerd. Geïmpliceerd wordt althans dat, bijvoorbeeld, lichtere seksuele handelingen dan penetratie met iemand die daaromtrent zijn wil niet kan bepalen, onder omstandigheden niet in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. Hetzelfde geldt voor lichtere seksuele handelingen met een jeugdige jonger dan twaalf jaar, welke jeugdige onder het begrip ‘iemand beneden de leeftijd van zestien jaren’ valt. Deze voorbeelden laten ook het heterogene karakter van art. 247 Sr zien en daarmee is de verklaring waarschijnlijk al gegeven. De ogenschijnlijke ongerijmdheden konden alleen weggenomen worden door de strafbaarstellingen in art. 247 Sr op dezelfde wijze uit te splitsen als die in art. 243, 244 en 245 Sr. De minister zag in zijn algemeenheid de voordelen van een dergelijke splitsing, maar achtte die meer aangewezen in een breder herzieningstraject.[30] De onderhavige herziening werd dikwijls gekarakteriseerd als spoedtraject, vooral om de verkrachting binnen huwelijk snel strafbaar te maken.[31]

Op het volgende, derde punt is de wetgever wel expliciet ingegaan, maar is zijn redenering wat diffuus. Het betreft de werkwijze met betrekking tot het bestanddeel ‘buiten echt’, dat kan worden beschouwd als de huwelijksexceptie. Zojuist werd aangestipt dat de gehekelde huwelijksexceptie bij verkrachting een belangrijke drijfveer achter het herzieningstraject vormde. De exceptie was ten tijde van de herzieningsoperatie opgenomen in veel van de artikelen die de herziening betroffen; niet alleen in art. 242 Sr (verkrachting) kwam zij voor, maar ook in art. 243 Sr (toen: gemeenschap met een lichamelijk onmachtige), art. 245 Sr (toen: gemeenschap met iemand tussen twaalf en zestien jaar) en art. 247 Sr. In art. 247 Sr was de exceptie beperkt tot het verleidingsdelict, dat destijds ook alleen de gemeenschap betrof (iemand jonger dan zestien jaren buiten echt verleiden tot gemeenschap met een derde).

Het voorstel was om ‘buiten echt’ in art. 242 Sr en art. 243 Sr te verwijderen, maar te laten staan in art. 245 en art. 247 Sr. De minister lichtte deze keuze als volgt toe:

> ‘De leden van de S.G.P.-fractie vroegen waarom in de artikelen 245 en 247 «buiten echt» niet wordt geschrapt. Wanneer dit zou gebeuren zou strafbaar zijn degene die vleselijke gemeenschap heeft met zijn echtgenote jonger dan zestien jaar en degene die een gehuwde persoon die jonger is dan zestien jaren verleidt met haar of zijn echtgeno(o)te (van de zestienjarige) ontuchtige handelingen te plegen. Daar dit uiteraard niet de bedoeling is, dient naar mijn mening «buiten echt» hier gehandhaafd te worden.’[32]

30 *Handelingen II*, 18 oktober 1990, p. 606-607.
31 Vgl. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 17. Zie hierover tevens paragraaf 1.1.
32 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 12; zie ook *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 8, p. 8.

> 'Zoals ik reeds aan de leden van de S.G.P.-fractie heb geantwoord ligt het niet in mijn voornemen voorstellen te doen tot schrapping van «buiten echt» uit de artikelen (...) [245] en 247, daar het schrappen van die woorden zou betekenen dat het hebben van vleselijke gemeenschap met de persoon onder 16 jaar, met wie men getrouwd is, verboden zou zijn en dat men een persoon onder 16 jaar er niet toe zou mogen brengen met degene met wie hij of zij getrouwd is (zonder dwang) ontuchtige handelingen te plegen. Dit is natuurlijk niet de bedoeling.'[33]

Later is besloten om het bestanddeel 'buiten echt' juist toe te voegen aan art. 247 Sr, waar het ging om het plegen van ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar. In de betreffende nota van wijziging wordt dit besluit toegelicht, waarbij ook wordt ingegaan op de keuze om de verleiding in art. 247 Sr uit te breiden tot alle ontuchtige handelingen:

> 'In artikel 245 wordt het plegen van ontuchtige handelingen die bestaan uit het seksueel binnen dringen van het lichaam alleen buiten echt strafbaar gesteld.
> In artikel 247 zoals dit thans luidt wordt het plegen van de daarbedoelde ontuchtige handelingen met personen beneden de leeftijd van zestien jaar zonder uitzondering dus ook binnen echt, strafbaar gesteld. Dit zou betekenen dat niet zo ernstige ontuchtige handelingen ook binnen echt – als ze tenminste als ontuchtig zouden worden aangemerkt – strafbaar zouden zijn en wanneer zij bestaan uit het seksueel binnendringen alleen buiten echt. Dit is niet de bedoeling. Daarom is artikel 247 in overeenstemming gebracht met artikel 245.
> Bij het verleiden tot ontuchtige handelingen is voor alle ontuchtige handelingen de strafbaarheid beperkt tot «buiten echt». Er was geen aanleiding meer onderscheid te maken tussen ontuchtige handelingen en vleselijke gemeenschap. Blijkens artikel 245 wordt onder ontuchtige handelingen ook het seksueel binnendringen verstaan.'[34]

Deze overwegingen lijken zich minder goed te verdragen met de eerder gegeven definitie van 'ontuchtige handelingen'; seksuele handelingen in strijd met de sociaal-ethische norm. Immers, op grond van die betekenis moet het kennelijk straffeloos blijven dat iemand een jonggehuwd kind ertoe brengt met de huwelijkspartner seksuele handelingen te plegen die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. Daarnaast wordt de jonggehuwde niet beschermd tegen misbruik van overwicht door de huwelijkspartner, zolang dat misbruik geen dwang oplevert (omdat de ontuchtigheid die besloten ligt in dat misbruik alleen buiten echt wordt beschermd of in geval van dwang), terwijl een ongehuwde leeftijdsgenoot die bescherming wel geniet.

In deze wetsgeschiedenis is al met al de kern van 'ontucht' aangegeven: seksueel contact in strijd met de sociaal-ethische norm, iets wat zich in grote lijnen en meer alledaags laat formuleren als maatschappelijk ongewenst seksueel contact. Ook is een indruk gegeven van situaties waarin de ontuchtigheid ontbreekt. Is geen sprake van vrijwilligheid, dan zal de ontuchtigheid daarmee zijn gegeven. Zijn de handelingen vrijwillig, dan komt het bij jeugdigen kennelijk aan op de vraag of het leeftijdsverschil gering is. Een nadere consistente en generieke duiding van de ontuchtige handelingen is uit deze wetsgeschiedenis

---

33 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 13.
34 *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 14, p. 2.

evenwel niet af te leiden, mede door bepaalde omissies, door systematische keuzes en wellicht ook door een onuitgesproken genuanceerde visie op (of onvoldoende consensus over) overheidsinterventie in een huwelijksrelatie.

2.3.2.3 2002

Ten slotte kan worden gekeken naar een later wetgevingstraject – het traject dat leidde tot partiële wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 2002 – waarbij eveneens concreet is ingegaan op de betekenis van het begrip 'ontucht'. De betreffende opmerkingen worden van belang geacht, omdat niet zonder meer gezegd kan worden dat zij dezelfde strekking hebben als de opmerkingen die zijn gemaakt bij de voorbereiding van de herziening van 1991.

Het onderhavige wetsvoorstel bevatte onder meer de afschaffing van het klachtvereiste dat aan verschillende zedendelicten was verbonden. Dit klachtvereiste zorgde ervoor dat het openbaar ministerie alleen vervolging kon instellen indien de betrokkene of een door de wet aangewezen persoon of instantie daarom had verzocht. Omdat door de afschaffing van het klachtvereiste in meer gevallen zou kunnen worden vervolgd, werd in de ogen van enkele parlementariërs de vraag weer actueel wat precies onder het bestanddeel 'ontucht' moest worden verstaan.

In de nota naar aanleiding van het verslag berichtte de minister over dit bestanddeel als volgt:

> 'Het is (...) nodig te onderscheiden tussen ontucht of ontuchtige handelen enerzijds en seksueel gedrag anderzijds. Seksueel gedrag dat in het huidig tijdsgewricht als normaal wordt ervaren, valt buiten het bereik van de strafwet. Het is moeilijk om hierover aan de hand van jurisprudentie algemene uitspraken te doen. Jurisprudentie levert voorbeelden op van seksueel gedrag over het ontuchtig karakter waarvan doorgaans geen twijfel bestaat. De strafrechter wordt gelukkig niet geroepen om een oordeel uit te spreken over gevallen van normaal seksueel gedrag. Sommige gevallen zijn volstrekt duidelijk. Met geslachtsgemeenschap met een kind onder de 12 jaar is ontucht gegeven. De wetgever heeft het niet nodig gevonden zulks in de wettekst tot uitdrukking te brengen (artikel 244 Sr.). Seksueel verkeer tussen adolescenten die daarvoor vrijelijk hebben gekozen is geen ontucht. Dat geldt ook voor seksueel verkeer tussen een jonge meerderjarige, met een 15-jarige. Maar ook hier kunnen grensvragen rijzen. Zo zal seksueel verkeer tussen een wat oudere meerderjarige en een 15-jarige in de regel kunnen worden aangemerkt als ontucht. Maar er zijn omstandigheden denkbaar, waaronder zulks niet het geval is.'[35]

Tijdens het wetgevingsoverleg vroegen de Kamerleden Nicolaï en Dittrich om een nadere toelichting. Deze vragen en de kern van de daaropvolgende reacties zijn hieronder opgenomen.

> *'De heer Nicolaï (VVD)*
> (...)
> Wij krijgen graag nog iets meer verheldering over het vervallen van het klachtvereiste. Wij willen uiteraard voorkomen dat het een zaak van het strafrecht wordt als vijftienja-

35 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 18.

> rigen met elkaar naar bed gaan. Dit geldt ook voor een achttienjarige en een vijftienjarige als dit geheel vrijwillig gebeurt. Zo is het artikel ook niet bedoeld, want het gaat nog steeds om ontuchtige handelingen, maar dit is een wat onduidelijk criterium. Het gaat kennelijk niet om de fysieke handeling op zichzelf. De lading is in dit geval belangrijker dan de daad. Kan de minister via voorbeelden aangeven waar de grens ligt?'[36]
>
> *'De heer Dittrich (D66)*
> (...)
> Over ontucht merk ik het volgende op. De minister schrijft dat het nodig is ontucht of ontuchtige handelingen te onderscheiden van seksueel gedrag. Nu kennen de meeste artikelen in titel 14 van het Wetboek van Strafrecht de terminologie "ontucht", maar de vraag is wanneer iets ontucht is en wanneer het geoorloofde seks is. Ik meen dat de heer Nicolaï ook een dergelijke vraag heeft gesteld. De minister zegt in de stukken dat seksueel gedrag dat in het huidige tijdsgewricht als normaal wordt ervaren, niet strafbaar is: "De strafrechter wordt gelukkig niet geroepen om een oordeel uit te spreken over gevallen van normaal seksueel gedrag." Dat vinden wij echter een magere argumentatie, want elke officier van justitie kan weer anders denken over wat als normaal moet worden beschouwd. Ik hoop dat de minister een poging wil wagen, ten behoeve van de wetsgeschiedenis, om wat meer helderheid hierin te scheppen.'[37]
>
> *'Minister Korthals*
> (...)
> De heer Nicolaï heeft nog gevraagd wat ontucht is en wat daar niet onder valt. Normaal seksueel verkeer tussen jongeren is geen ontucht. Er kan pas van ontucht sprake zijn bij seks tussen een kind en een aanmerkelijk ouder persoon. Er hoeft dus geen zorg over te zijn dat er opeens zaken bij de rechter zullen worden aangebracht die daar voorheen bij gebreke aan een klacht niet terechtkwamen. De strafrechter zal gelukkig ook straks niet geroepen worden, een oordeel uit te spreken over gevallen van normaal seksueel gedrag. Seksueel verkeer tussen adolescenten die daarvoor vrijelijk hebben gekozen, is geen ontucht. (...)
>
> *De heer Nicolaï (VVD)*
> Voorzitter. Ik wil de minister niet verleiden tot al te concrete uitspraken, maar om er een goed beeld van te krijgen, vraag ik hem of het juist is dat dit allemaal niet gaat over bijvoorbeeld een 18-jarige en een 15-jarige die seksuele omgang met elkaar hebben. Ik ga ervan uit dat de betrokken meerderjarige een stuk ouder moet zijn en dat er eigenlijk ook enige aanwijzingen moeten zijn dat het een "scheve verhouding" is, om dit hele artikel van toepassing te laten zijn.
>
> *Mevrouw Barth (PvdA)*
> Het gaat om een machtsevenwicht.
>
> *Minister Korthals*
> Inderdaad, als er sprake is van een echt machtsevenwicht, is vervolging op basis van dit wetsartikel natuurlijk niet aan de orde.'[38]

Voor zover de minister hier naar voren brengt dat 'normaal seksueel verkeer' tussen jeugdigen niet ontuchtig kan worden genoemd, geeft hij dezelfde invulling aan het begrip 'ontuchtig' als zijn ambtsvoorganger in 1991. Toch kunnen in het voorgaande ook zekere verschuivingen of in ieder geval accentverschillen worden waargenomen ten opzichte van 1991.

---

36 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 5-6.
37 Idem, p. 10.
38 Idem, p. 16.

Allereerst geeft de minister aan dat pas sprake kan zijn van ontucht bij seks tussen een kind en een *aanmerkelijk* ouder persoon (kennelijk wordt hier het bestaan van vrijwilligheid verondersteld). Dat doet de vraag rijzen of verschil bestaat tussen het criterium van een 'gering leeftijdsverschil' (een contra-indicatie voor ontucht in deze context, zie hiervoor) en het hier geformuleerde criterium van een 'aanmerkelijk leeftijdsverschil' (een voorwaarde voor ontucht in deze context). Deze criteria lijken alleen dan met elkaar te verenigen wanneer een leeftijdsverschil aanmerkelijk kan worden genoemd zodra het niet meer gering is, en vice versa (er zijn dan slechts twee categorieën: een gering en een aanmerkelijk leeftijdsverschil). In een meer kwantitatieve benadering van de begrippen 'gering' en 'aanmerkelijk' lijkt dat niet snel het geval te zijn, maar een kwalitatieve benadering laat deze zienswijze zonder meer toe. De minister is evenwel niet ingegaan op de relatie tot het eerdere criterium van het 'geringe leeftijdsverschil'.

Daarnaast stelt de minister dat vervolging niet aan de orde is bij een 'echt machtsevenwicht', waarmee hij ogenschijnlijk ook bedoelt te zeggen dat de ontuchtigheid in dat geval ontbreekt. In dit verband is eveneens interessant dat de minister herhaaldelijk uitspreekt dat seksueel verkeer 'tussen adolescenten die daarvoor vrijelijk hebben gekozen', geen ontucht oplevert. Ditzelfde geldt volgens de minister voor 'seksueel verkeer tussen een jonge meerderjarige, met een 15-jarige'. En, hoewel seksueel verkeer tussen 'een wat oudere meerderjarige en een 15-jarige' in de regel zal kunnen worden aangemerkt als ontucht, zijn er omstandigheden denkbaar waaronder dat niet het geval is, aldus de minister. Dit alles lijkt zo begrepen te moeten worden dat het *enkele* leeftijdsverschil tussen twee adolescenten of tussen een 'jonge meerderjarige' en een vijftienjarige, nog niet per definitie meebrengt dat een 'echt machtsevenwicht' ontbreekt. Binnen de bandbreedte van de adolescentie is bij consensuele seks dus blijkbaar niet snel sprake van een 'aanmerkelijk leeftijdsverschil'. Een 'echt machtsevenwicht' is zelfs nog onder bepaalde omstandigheden bestaanbaar bij seksueel verkeer tussen 'een wat oudere meerderjarige' en een vijftienjarige, zo blijkt uit de woorden van de minister.

In relatie tot de wetsgeschiedenis van de wijzigingen in 1991 lijkt de zojuist besproken wetsgeschiedenis al met al meer ruimte te bieden voor het oordeel dat bepaald seksueel verkeer tussen jongeren of jongvolwassenen *niet* ontuchtig is. Maar met het oog op de nu te bespreken rechtspraak, zij hier reeds vermeld dat deze wetsgeschiedenis van de wijzigingen in 2002, in de rechtspraak nauwelijks een rol schijnt te spelen.

2.3.3 Kernpunten in de rechtspraak

In de rechtspraak is aangesloten bij de algemene betekenis van de ontuchtigheid die uit de wetsgeschiedenis van de wijzigingen in 1991 blijkt: ontuchtige handelingen zijn handelingen van seksuele aard in strijd met de sociaalethische norm.

De Hoge Raad formuleert de maatstaf op grond van de wetgeschiedenis soms ook spiegelbeeldig: voor de afwezigheid van ontucht gaat het erom 'of de desbetreffende seksuele handeling algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard', waarbij het beschermingsbelang voorop wordt gesteld.[39] Daarbij past dat de ontucht wordt behandeld als weerlegbaar rechtsvermoeden; zodra vaststaat dat het in het kader van art. 245 Sr of art. 247 Sr gaat om een seksuele handeling met een jeugdige, of dat het in het kader van art. 249 Sr gaat om een seksuele handeling met iemand in een relatie als in dat artikel bedoeld, dan staat de ontuchtigheid in beginsel vast.[40] De feitenrechter kan dan, ambtshalve of in reactie op een verweer, nog nagaan of de concrete omstandigheden dit rechtsvermoeden ontkrachten. Zo kan de ontuchtigheid ontbreken bij consensuele seksuele handelingen tussen jeugdigen die slechts in geringe mate in leeftijd verschillen[41] en bij consensuele seksuele handelingen tussen een arts en een patiënt indien blijkt dat de functionele relatie en de afhankelijkheid geen enkele rol hebben gespeeld bij de seksuele handelingen.[42] In de bijbehorende rechtspraak van de Hoge Raad valt op dat ook na 2002 geen acht wordt geslagen op de besproken wetsgeschiedenis van de partiële herziening in dat jaar.[43]

Dat de ontuchtigheid moet worden behandeld als weerlegbaar rechtsvermoeden, is treffend gepropageerd door A-G Van Dorst in zijn conclusie voor HR 20 januari 1998, NJ 1998/337:

> 'Waar een definitie van ontucht in 1881 kennelijk al onmogelijk was, valt zij naar mijn mening heden ten dage helemaal niet meer te geven. Daarvoor zijn seks en erotiek een te vanzelfsprekend onderdeel van het maatschappelijk leven geworden; men zappe 's avonds laat maar eens langs de verschillende televisiestations om het vruchteloze in te zien van het ondernemen van zelfs maar een begin van een omschrijving van het begrip ontucht en aanverwante termen. Vruchtbaarder is het naar mijn mening om uit te gaan van de (bewijs)presumptie dat
>
> a. geen enkele seksuele gedraging, van welke aard dan ook, ontuchtig is en dat de termen die de wet dienaangaande bezigt, in zoverre geen inhoud meer hebben, maar
> b. dat een seksuele handeling die in het openbaar, onder dwang, met misbruik van gezag e.d. (zoals bedoeld in de art. 239–250 Sr) is verricht of ondergaan, in de regel wel ontuchtig is.

---

39 Vgl. HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376. m.nt. Keijzer. De Hoge Raad (r.o. 2.5) baseerde deze formulering mede op het volgende fragment uit de wetsgeschiedenis: 'Wanneer ouders - de jeugdigen zelf zullen geen aangifte doen als zij beiden wilden - aangifte doen, zal het O.M. kunnen zeggen deze handelingen zijn niet "ontuchtig", want een dergelijke stoeipartijtje is over het algemeen sociaal-ethisch aanvaard en het is ook sociaal-ethisch aanvaard dat in die gevallen jeugdigen zelf beslissen' (*Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 5).

40 Zie o.m. de benaderingen in HR 18 februari 1997, *NJ* 1997/485, m.nt. 't Hart, HR 24 juni 1997, *NJ* 1997/676 en HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer. Vgl. voorts Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3782.

41 HR 24 juni 1997, *NJ* 1997/676; HR 2 juli 2002, *NJ* 2002/584; HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer.

42 HR 18 februari 1997, *NJ* 1997/485, m.nt. 't Hart.

43 Zie met name HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer, waarin enkel uitgebreid wordt geciteerd uit de wetsgeschiedenis van de wijzigingen in 1991.

> In die benadering behoeft de rechter zich niet te verdiepen in de zeer lastig te beantwoorden vraag of een gedraging op zichzelf ontuchtig is, maar kan hij het bewijs van het ontuchtige karakter geleverd achten indien de door de wet vereiste begeleidende omstandigheden in rechte zijn komen vast te staan. Het voordeel hiervan is dat zulke presumpties weerlegbaar zijn. Geen veroordeling zal dus kunnen volgen indien de gedraging, ondanks de schijn van tegendeel, bij nadere beschouwing toch niet als ontuchtig aangemerkt kan worden, zulks nadat al dan niet op dit punt verweer is gevoerd.'[44]

Aldus zou men kunnen zeggen dat de beperkende functie van het bestanddeel 'ontucht' (niet alle seksuele handelingen zijn ontuchtig) doorgaans een uitgestelde processuele werking heeft; de beperking kan pas in werking treden bij het signaleren van sterke contra-indicaties. Voorafgaand aan die signalering verschilt de 'ontucht' niet van 'seksuele handelingen', omdat seks met iemand uit de beschermde groep het rechtsvermoeden van ontucht oproept. Voor straffeloosheid moet het seksuele contact worden gerechtvaardigd door bijzondere gronden, waarvan de kern is aangedragen door de wetgever.[45]

Uit het voorgaande volgt dat de aan- of afwezigheid van ontucht sterk van de omstandigheden afhangt. De weging en waardering van die omstandigheden is voorbehouden aan de feitenrechter, waardoor in cassatie weinig toetsingsruimte bestaat.[46] Onvermijdelijk lijkt daarbij dat de waardering in de feitenrechtspraak soms uiteenloopt, zoals bij de waardering van functionele relaties[47] en de waardering van de seksuele strekking van handelingen[48]. Ditzelfde

44 Zoals Van Dorst ook zelf aangeeft, heeft 't Hart eerder iets soortgelijks bepleit. Zie o.m. de annotatie van laatstgenoemde onder HR 21 februari 1989, *NJ* 1989/668.

45 Voorbeelden van zeer specifieke rechtvaardigingsgronden zijn te vinden bij het delict bestialiteit (art. 254 Sr). Het bestanddeel 'ontuchtige handelingen' werd door de wetgever per saldo geprefereerd boven 'seksuele handelingen', om de mogelijk als seksueel te duiden handelingen in de kunstmatige inseminatie-industrie en in wetenschappelijk onderzoek reeds op bestanddeelniveau te kunnen uitsluiten. Zie o.m. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 009, nr. 8, p. 3. De Raad van State had bezwaar gemaakt tegen het oorspronkelijke initiatiefvoorstel, waarin 'seksuele handelingen' was opgenomen.

46 HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376. m.nt. Keijzer. Vgl. voorts o.m. HR 7 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8880.

47 Vgl. het geval waarin een sociotherapeute in de Van Mesdagkliniek seksuele handelingen had gepleegd met een patiënt, als onderdeel van een binnen de setting van de kliniek bestaande liefdesrelatie en in de vrije tijd van de verdachte. De sociotherapeute werd vervolgd ter zake van art. 249 lid 2 Sr. De Rechtbank Groningen kwam daarbij tot een vrijspraak (Rb. Groningen 5 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BH4852), maar het Hof Leeuwarden kwam in hoger beroep tot een veroordeling (Hof Leeuwarden 6 oktober 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BJ9304), terwijl de gerechten ogenschijnlijk uitgingen van dezelfde rechtsopvatting.

48 Zie bijvoorbeeld het verschil tussen Rb. 's-Hertogenbosch 3 juni 2010 ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2577 en Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2011, ECLI:NL: GHSHE:2011:BU3235 (hoger beroep). De verdachte had bij een racevereniging met enkele jeugdige jongens een spel geïnitieerd, waarbij de jongens een tegenprestatie moesten leveren bij verlies. Voor een van de jongens was de tegenprestatie dat hij op een tafel moest gaan liggen en de volgende handelingen moest ondergaan. Verdachte heeft het shirt van de jongen omhoog getrokken en over zijn hoofd gelegd, zodat hij niets kon zien, en vervolgens de broek van de jongen omlaag getrokken en wasknijpers op zijn lichaam geplaatst ter hoogte van zijn borst, navel en in de liezen. Daarvan heeft verdachte ook foto's gemaakt (waarbij de schaamstreek niet zichtbaar was). In het kader van de beoordeling van het be-

geldt voor de waardering van leeftijdsverschillen in het kader van de bepalingen die jeugdigen beschermen. Vooral op dit punt – de manier waarop leeftijdsverschillen worden vastgesteld en gewogen – laat de feitenrechtspraak zich niet eenvoudig vangen in algemene regels.

In sommige zaken is het verschil tussen 12 jaar (de leeftijd van het slachtoffer, een term die hier gemakshalve wordt gebruikt) en 15 jaar (de leeftijd van de verdachte) niet als 'gering leeftijdsverschil' aangemerkt[49], terwijl dat in andere zaken wel als zodanig is bestempeld[50]. Zelfs over het verschil tussen 12 jaar en 16 jaar wordt verschillend gedacht.[51] Eveneens bestaan uiteenlopende uitspraken over het verschil tussen 13 jaar en 16 jaar[52], en over het verschil tussen 15 jaar en 18 jaar[53]. Voorts zijn in de bestudeerde rechtspraak de verschillen tussen 14 jaar en 17 jaar allemaal als 'gering' beoordeeld[54], maar haalden de verschillen tussen 14 jaar en 18 jaar de kwalificatie 'gering' niet[55]. Evenmin werd het verschil tussen 15 jaar en 20 jaar 'gering' geacht.[56]

---

standdeel 'ontucht' zag de rechtbank hierin wel een seksuele strekking gelegen, maar het hof niet.

49 Rb. Rotterdam 1 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10848 en ECLI:NL:RBROT:2014:10849. De rechtbank woog hier de levensfasen mee, waarbij van betekenis werd geacht dat het slachtoffer nog op de basisschool zat en de verdachten al naar de middelbare school gingen.

50 Rb. Overijssel 11 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1407 (bij deze waardering lijkt te hebben meegespeeld dat van een groeiende liefdesrelatie sprake was en dat het jongere meisje tegen de verdachte had gezegd dat ze veertien jaar was; dit laatste kan ook worden gezien als vooruitgeschoven avas-overweging en wordt tevens besproken in voetnoot 232) en Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3794 (het feit dat het hier ging om verregaande seksuele handelingen met meerdere jongens direct na elkaar, deed aan dit oordeel niet af).

51 Dit verschil vormde in Rb. Dordrecht 26 juni 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX0020 geen obstakel. Omdat bovendien sprake was van vrijwilligheid leidde dit tot vrijspraak, met uitzondering van één incident waarbij sprake was van een trio. Dit laatste vond de rechtbank ondanks de aangenomen vrijwilligheid toch ontuchtig. Het verschil tussen 12 jaar en 16 jaar werd niet gering (genoeg) geacht in Rb. Dordrecht 26 juni 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX0042, ook al was het twaalfjarige meisje – zo overweegt de rechtbank – rijp voor haar leeftijd. Opvallend is dat deze twee uitspraken op dezelfde dag zijn gewezen door dezelfde kamer. Het verschil lijkt hierin te zitten dat de rechtbank in de onderhavige context veel gewicht hechtte aan de vraag of sprake was van een affectieve relatie, hetgeen wel in de eerste, maar niet in de tweede zaak werd aangenomen.

52 Dit verschil werd niet problematisch geacht in Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:330 (i.c. 13 jaar en 10 maanden versus 16 jaar en 1 maand, zoals het hof uitdrukkelijk overwoog), maar wel in Rb. Groningen 21 december 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BC0859.

53 Dit verschil werd niet problematisch geacht in Rb. Zutphen 4 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM3174 (i.c. bijna 16 jaar en bijna 19 jaar, zoals de rechtbank uitdrukkelijk overwoog), maar wel in Rb. 's-Gravenhage 7 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM3656.

54 Hof 's-Gravenhage 21 november 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB9138; Rb. Zwolle-Lelystad 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU3284.

55 Rb. Midden-Nederland 5 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2825; Rb. Limburg 25 maart 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2757; Rb. Gelderland 22 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2698.

56 Rb. Breda 8 juli 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD6502; Rb. Zutphen 1 april 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BH9355.

Bij deze weergave dient overigens op het risico te worden gewezen dat appels met peren worden vergeleken. Soms worden bij de beoordeling van het leeftijdsverschil ('gering' of niet?) ook andere factoren betrokken, zoals ontwikkelingsfasen, cognitieve fasen, schooltypen (nog net basisschool of al middelbare school?), het bestaan van een affectieve relatie, en ten slotte de aard van de seksuele handelingen.[57] Hoeveel van deze factoren worden betrokken en in welke mate, is niet altijd even zichtbaar. In zoverre kan de beoordeling van het leeftijdsverschil het startpunt betreffen van verdere beoordeling, maar ook een zekere 'totaalbeoordeling'. In ieder geval wordt hierdoor des te meer duidelijk dat de vraag wanneer vrijwillige seks tussen jongeren strafbaar is, zich niet goed laat beantwoorden. Ook kunnen hier en daar betrekkelijk concrete verschillen worden aangewezen, zoals bij de waardering van de aard van de seksuele handelingen: de ene rechter kijkt duidelijk anders aan tegen de vraag wat 'normale', leeftijdsadequate seksuele handelingen zijn dan de andere rechter. Er zijn ruimdenkende opvattingen aan te wijzen[58], maar ook terughoudende[59], terwijl die opvattingen doorslaggevend lijken te zijn geweest voor de uitkomst van de betreffende strafzaak.

In verband met dit laatste kan in herinnering worden geroepen dat rond de eeuwwisseling bij de voorbereiding van de wetswijzigingen in 2002, nog herhaaldelijk is overwogen dat seks tussen 'adolescenten die daarvoor vrijelijk hebben gekozen' niet ontuchtig is, en dat ditzelfde geldt voor vrijwillig 'seksueel verkeer tussen een jonge meerderjarige, met een 15-jarige'. Voorts werd daarbij door de minister opgemerkt dat vrijwillige seks pas ontuchtig wordt wanneer de ander 'aanmerkelijk ouder' is.[60] Zoals eerder werd opgemerkt, ontstaat de indruk dat deze bronnen meer ruimte bieden voor het oordeel dat de ontuchtigheid ontbreekt, dan de bronnen die leidden tot de wetswijzigingen in 1991. In de feitenrechtspraak lijken de genoemde overwegingen evenwel geen rol te spelen. In de onderzochte uitspraken is slechts één zaak aangetroffen waarin de rechter zich mede op die recentere wetsgeschiedenis oriënteert.[61]

Niet alleen de waardering van de leeftijdsverschillen kan voor de rechter complex zijn, maar ook, zoals gezegd, de waardering van de seksuele strekking van de handelingen. Deze waardering is in feite het voorportaal van de beoordeling van 'ontucht'; een handeling kan pas ontuchtig kan zijn wanneer zij ook een seksueel karakter draagt.

Indien de handeling niet zonneklaar een seksuele strekking heeft, komt het eveneens aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Zo draagt het geven van een tik tegen de billen van een onbekende niet zonder

57 Zie voor enkele voorbeelden de bijzonderheden genoemd in voetnoot 49 e.v.

58 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3794 en Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:330.

59 Zie bijvoorbeeld HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer en de daarin besloten liggende uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch .

60 Zie paragraaf 2.3.2.3.

61 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:330.

meer een seksueel karakter.[62] Hoewel de intentie van de verdachte niet per definitie doorslaggevend is in dit soort situaties, kan zij dat wel zijn.[63] Het aannemen van een seksuele strekking mede op grond van de intentie van de verdachte, zal vervolgens dikwijls het aannemen van de ontuchtigheid meebrengen. Indien een meisje, terwijl zij als fietser op de weg rijdt, door een onbekende bij de knie wordt vastgepakt en geknepen, is dat bijvoorbeeld niet zonder meer een handeling met een seksuele strekking te noemen en (dus) ook niet zonder meer een ontuchtige handeling. Ingeval echter wordt meegenomen dat het ging om een ontblote knie en de onbekende het meisje tegelijkertijd toeriep 'meid, meid, wat heb jij dikke dijen; wat zou ik hem daar graag tussen duwen', dan kan daardoor niet alleen de seksuele strekking, maar ook de ontuchtigheid komen vast te staan.[64] Hetzelfde geldt voor het kort aanraken van de borst van een vrouw. Dat kan per ongeluk zijn gebeurd, waardoor een seksuele strekking van de handeling niet onmiddellijk blijkt. Gaat het aanraken echter gepaard met de opmerking 'lekkere tietjes', dan kan in het geheel een ontuchtige handeling worden gezien.[65]

Dat intieme handelingen niet noodzakelijkerwijs seksuele handelingen zijn, blijkt ook uit de typering van gynaecologische of intieme therapeutische handelingen. Aangenomen wordt dat deze handelingen een seksueel karakter ontberen, tenzij bijvoorbeeld blijkt dat de behandelaar een seksueel motief had en de handeling zonder noodzaak uitvoerde.[66] Voorts zal iemand die wordt geconfronteerd met ongewenste zoenen op de wang, op de mond of in de nek, daaraan wellicht snel een seksuele strekking verbinden, terwijl die strekking in het strafrechtelijk kader niet zonder meer wordt aangenomen.[67]

Uit de zojuist gegeven voorbeelden blijkt dat bij 'ontucht plegen' de beoordeling van het opzet van de verdachte soms op twee niveaus moet plaatsvin-

---

62 Zie HR 4 september 2012, *NJ* 2012/573, m.nt. Schalken.

63 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 246 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014), waarin veel van de hier gegeven voorbeelden worden besproken. Vgl. voorts HR 9 januari 1968, *NJ* 1969/24; HR 4 september 2012, *NJ* 2012/573, m.nt. Schalken.

64 Vgl. HR 9 januari 1968, *NJ* 1969/24.

65 HR 13 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4825.

66 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 246 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Zie voorts de zaken die leidden tot HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5612, waarin rechtbank en hof dergelijke intieme handelingen in beginsel kwalificeerden als 'onderzoekshandelingen', en daarnaast Rb. Gelderland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6323, waarin het aanraken en bevoelen van de penis van het slachtoffer, alsook het naar achteren trekken van de voorhuid, pasten binnen de verzorgingstaak van de verdachte en daarom niet zonder meer ontuchtig konden worden genoemd. Een soortgelijke context is ten slotte meegewogen in Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4333 (gastouder- en kinderopvang, met het daarbij behorende fysieke contact).

67 Vgl. de conclusie van A-G Wortel voor HR 7 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8880 (o. 6) en zie voorts Rb. Overijssel 21 oktober 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:5600 en Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7568. Een opmerkelijk voorbeeld van een aanzienlijke reeks ongewenste intimiteiten die door de feitenrechter toch niet als ontuchtig werd gezien, ligt besloten in HR 31 mei 2011, *NJ* 2011/264. Het oordeel van de feitenrechter kon in cassatie niet worden getoetst op begrijpelijkheid omdat het middel alleen was toegespitst op grondslagverlating.

den: niet alleen ter beoordeling van het vereiste opzet in de delictsgedraging ('ontucht *plegen*'), maar daarnaast ook ter beoordeling van het bestanddeel 'ontucht' zelf (kan de seksuele strekking mede blijken uit een seksuele intentie?).[68] Tevens kan worden geconstateerd dat sommige handelingen, zoals het geven van een tik op de billen, grensoverschrijdend zijn en in zoverre in strijd zijn met een bepaalde sociaal-ethische norm. Dat is echter nog niet de seksueel georiënteerde norm die bij de beoordeling van de ontuchtigheid ertoe doet. Dat een verschil bestaat tussen enkel grensoverschrijdend handelen en ontuchtig handelen, is evident; niet elk 'onbeschoft' handelen heeft een seksuele strekking.[69]

2.3.4 Invulling van het beschermde belang

Hiervoor is gebleken dat de beoordeling van de ontuchtigheid niet altijd eenvoudig is. In sommige gevallen is het seksuele karakter van de handelingen niet evident, waardoor alle omstandigheden bij die beoordeling moeten worden betrokken. Is het seksuele karakter vastgesteld, dan is de resterende vraag, eenvoudig gezegd: gaat dit te ver? Of beschouwd vanuit het rechtsvermoeden dat de ontucht in beginsel vaststaat: gaat dit bij nader inzien toch niet te ver? Het ligt voor de hand hier te aan te nemen dat de beantwoording van deze vragen wordt bepaald door de criteria die voor het bestanddeel 'ontucht' gelden. Zoals wij hebben gezien, zijn die criteria evenwel niet helder, althans niet eenduidig.

In dat geval is voorstelbaar dat de wetsuitlegger zich al dan niet onbewust laat leiden door de belangen die hij met de betreffende strafbaarstelling in verband brengt. Deze belangen bepalen dan wat 'te ver' is. In dat geval komt het dus aan op de manier waarop men het beschermde rechtsgoed benoemt en daaraan nadere invulling geeft. Omdat hierbij verschillend positie kan worden gekozen, kunnen ook hierdoor de gehanteerde terminologie en de interpretatie van ontucht variëren, zoals zal worden geïllustreerd.

In het kader van de misdrijven tegen de zeden wordt dikwijls gesproken van de rechtsgoederen 'lichamelijke integriteit', 'seksuele integriteit', en 'seksuele zelfbeschikking'. Eerder werd in deze studie gesteld dat bij de delicten tegen jeugdigen de seksuele zelfbeschikking in beginsel ondergeschikt is gemaakt aan de bescherming van de seksuele integriteit, omdat bij die delicten ook volstrekte vrijwilligheid aan de zijde van de jeugdige nog niet hoeft te leiden

---

68 Voor een voorbeeld van de complicaties die hierbij kunnen optreden, zie A-G Jörg in zijn conclusie (o. 18) voor HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376 m.nt. Keijzer. In paragraaf 2.4.3.5 wordt nader ingegaan op het opzet als onderdeel van de delictsgedraging 'ontucht plegen'.

69 Vgl. A-G Knigge in zijn conclusies voor HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5563 en HR 4 september 2012, *NJ* 2012/573. m.nt. Schalken, en voorts de overwegingen in Hof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU3235 en Hof Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1597 (feit 2 meer subsidiair).

tot het oordeel dat de ontuchtigheid ontbreekt.[70] De term 'seksuele zelfbeschikking' wordt daar dus gekoppeld aan de wil van het slachtoffer, terwijl de term 'seksuele integriteit' daarvan ook los kan worden gezien. In deze optiek past de volgende stelling: in art. 247 Sr wordt de seksuele integriteit van de jeugdige beschermd, soms ook ten koste van zijn recht op seksuele zelfbeschikking.

In Noyon-Langemeijer-Remmelink kan een andere invulling van het recht op seksuele zelfbeschikking worden aangetroffen:

> 'Men kan zich echter afvragen of het veel zin heeft om een definitie te beproeven van het begrip 'ontucht' of 'ontuchtige handeling' sec. Het wil mij voorkomen dat een handeling van seksuele aard haar ontuchtig karakter eerst of juist krijgt doordat iemands recht op seksuele zelfbeschikking wordt geschonden, bijvoorbeeld wanneer het een handeling betreft die is afgedwongen (art. 246) of slechts door misbruik van de kwetsbaarheid van de ander heeft kunnen plaatsvinden (art. 247) of die plaatsvindt binnen een ongeoorloofde relatie (art. 247 en 249).'[71]

In deze overweging lijkt te worden aangenomen dat bij een 'ongeoorloofde relatie' zoals geraakt door art. 247 en 249 Sr, steeds het recht op seksuele zelfbeschikking wordt geschonden. Het recht op seksuele zelfbeschikking wordt hier dus kennelijk anders geïnterpreteerd dan zojuist, omdat het nu ook is geschonden wanneer de jeugdige (art. 247 Sr) of de patiënt (art. 249 Sr) de handeling zelf wil en daarmee volwaardig heeft ingestemd. Ondanks dit afwijkende begrippenkader wordt hier vermoedelijk toch dezelfde strekking van de betreffende delicten aangenomen als hiervoor.

Een voorbeeld waaruit blijkt dat ook inhoudelijke verschillen kunnen bestaan, wordt geboden door een opmerking van Mevis in zijn noot onder HR 30 november 2004, NJ 2005/184 (Masturberen I). Hij bespreekt de rechtsvraag of nog van 'ontuchtige handelingen plegen met' een jeugdige kan worden gesproken wanneer geen lichamelijk contact heeft plaatsgevonden tussen verdachte en slachtoffer (op deze rechtsvraag wordt later uitgebreid ingegaan[72]). Mevis overweegt het volgende, waarbij met name kan worden gelet op de laatste volzin:

> 'Wellicht kan langs die weg een verdachte die zich in een chatgesprek uitgeeft voor een mooie jonge vrouw en de minderjarige daarmee verleidt tot het zich naakt en opgewonden tonen en aftrekken voor de webcamera, toch ook onder het bereik van art. 247 Sr komen te vallen. De Rechtbank Arnhem vond echter de 'afstand' tussen verdachte en minderjarige, ondanks de misleiding, kennelijk te groot (Rb. Arnhem 2004 6 oktober, NJ 2004, 648). Het is natuurlijk ook maar de vraag of door de feitelijke setting van het chatgesprek de sexuele integriteit van de minderjarige in zo'n casus in het geding is.'

---

70 Zie paragraaf 2.3.3. Tijdens de voorbereiding van de wetswijzigingen in 1991 sprak de minister in soortgelijke zin (zie zijn opmerkingen over het 'zelfbeschikkingsrecht' op p. 39 van deze studie).

71 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 246 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

72 Zie paragraaf 2.3.5 en 2.4.4.

Uit de laatste opmerking van Mevis kan worden afgeleid dat hij het rechtsgoed 'seksuele integriteit' als interpretatief handvat gebruikt. Interessant is vooral dat hij daarbij een relatief beperkte invulling van de seksuele integriteit lijkt aan te nemen. Doordat hij vraagtekens zet bij de stelling dat de seksuele integriteit door 'ontucht via de webcam' kan worden geschonden, wordt de indruk gewekt dat hij een koppeling maakt tussen 'seksuele integriteit' en 'lichamelijke integriteit'; seksuele integriteit is iets lichamelijks. Bijzonder is vooral dat het daarbij kennelijk niet gaat om lichamelijke 'solo'-handelingen waartoe de jeugdige via de webcam wordt bewogen, maar om aanrakingen verricht door een ander. Het is voorstelbaar dat een dergelijke beperkte opvatting van 'seksuele integriteit' niet door iedereen wordt gedeeld.

Hiermee wordt duidelijk dat ook kleine verschillen in de manier waarop men invulling geeft aan de beschermde belangen bepalend kunnen zijn voor de beantwoording van specifieke rechtsvragen over ontucht. Bij een iets ruimere opvatting van de seksuele integriteit – seksuele integriteit is iets lichamelijks, maar kan tevens betrekking hebben op handelingen die iemand bij zichzelf verricht – is de seksuele integriteit in dergelijke gevallen immers zonder meer in het geding. In dit kader kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad vaker blijk heeft gegeven van een ruime opvatting van het begrip 'seksuele integriteit', waarbij deze opvatting soms wel en soms niet doorslaggevend is geacht. Zo viel volgens de Hoge Raad de dwang tot het verrichten van seksuele handelingen met een dier (dus zonder lichamelijk contact met degene die de dwang uitoefende) binnen de reikwijdte van art. 246 Sr (aanranding) *omdat* daarmee de seksuele integriteit van het slachtoffer werd geschonden.[73] Voorts achtte de Hoge Raad een inbreuk op de seksuele integriteit van een jeugdige reeds aanwezig in het geval een volwassene aan de jeugdige een pornofilm vertoont en in het bijzijn van de jeugdige masturbeert. De Hoge Raad vond dat echter niet zonder meer een geval van 'ontucht plegen *met'* de jeugdige in de zin van art. 247 Sr en wees op andere bepalingen die bij dergelijke inbreuken op de seksuele integriteit in de regel wel van toepassing zijn; art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid) en art. 240a Sr (het vertonen van schadelijke afbeeldingen aan iemand jonger dan zestien jaar).[74]

Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat inhoudelijke verschillen kunnen bestaan, is gelegen in de annotatie van Keijzer onder HR 26 november 2013, NJ 2014/62 (Tongzoen III). In het Tongzoen II-arrest[75] was de Hoge Raad omgegaan met betrekking tot de betekenis van het bestanddeel 'seksueel binnendringen' in de zin van art. 242 Sr (verkrachting). Zoals in paragraaf 2.7.2 nader wordt besproken, werd de uitleg van dat bestanddeel aanzienlijk beperkt in het Tongzoen II-arrest, waardoor een tongzoen niet langer als 'seksueel binnendringen' kan worden aangemerkt. In het door Keijzer besproken Tongzoen III-arrest maakte de Hoge Raad duidelijk dat het nieuwe criterium ook heeft te gelden voor de andere zedendelicten met het bestanddeel 'seksu-

73 HR 20 januari 1998, *NJ* 1998/337 (Bestialiteit).
74 HR 30 november 2004, *NJ* 2005, 184, m.nt. Mevis (Masturberen I).
75 HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. Keijzer.

eel binnendringen' (art. 243, 244 en 245 Sr). Voor eventuele strafbaarheid van dergelijk gedrag (het geven van een tongzoen) kon volgens de Hoge Raad worden gedacht aan 'het aanmerken van een tongzoen als een ontuchtige handeling in de zin van art. 247 of art. 249 Sr' en aan 'het een ander dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, in de zin van art. 284 Sr'.[76] Wat Keijzers annotatie betreft, gaat het hier om de voetnoot die in het volgende citaat met een asterisk is gemarkeerd:

> 'Blijkens het thans voorliggende arrest moet echter in elk van de vier evengenoemde wetsartikelen [art. 242, 243, 244 en 245 Sr; KL] de term 'seksueel binnendringen van het lichaam' aldus worden verstaan dat tongzoenen daaronder niet zijn begrepen. Daardoor liggen tongzoenen weliswaar niet geheel buiten bereik van het strafrecht — onder omstandigheden zou volgens de Hoge Raad art. 247, 249 of 284 Sr toepassing kunnen vinden* — maar kunnen zij niet een van de misdrijven opleveren die met hoge strafmaxima strafbaar zijn gesteld in art. 242 , 243 , 244 en 245 Sr. Dat is een overzichtelijk resultaat. (...)
>
> * Anders dan in zijn arrest Tongzoen II noemt de Hoge Raad art. 246 Sr inzake feitelijke aanranding van de eerbaarheid hierbij niet. Inderdaad is betwistbaar dat door een tongzoen de eerbaarheid kan worden aangerand.'

In de laatste zin van de voetnoot betwijfelt Keijzer in de context van art. 246 Sr (aanranding) of de eerbaarheid door een tongzoen kan worden aangerand. De annotator maakt geen opmerkingen over het feit dat een tongzoen volgens de Hoge Raad zou kunnen vallen onder art. 247 Sr (ontucht met een jeugdige of onmachtige), art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag) en art. 284 Sr (dwang). Daaruit leiden wij af dat ook Keijzer van mening is dat een tongzoen wel 'ontucht' kan opleveren in de zin van art. 247 en 249 Sr en dat een afgedwongen tongzoen ook onder art. 284 Sr zou kunnen vallen. Indien zijn slotopmerking in de voetnoot hiertegen wordt afgezet, lijkt daaruit een bijzondere invulling van de 'eerbaarheid' (als uitdrukking van het rechtsgoed en de kwalificatie) besloten te liggen. Op bestanddeelniveau kan die invulling ervoor zorgen dat een tongzoen eerder kan worden aangemerkt als 'ontucht' in de zin van art. 247 en 249 Sr, dan een afgedwongen tongzoen kan worden aangemerkt als 'ontuchtige handeling' in de zin van art. 246 Sr.

De opmerking van Keijzer maakt ook nieuwsgierig naar de reden waarom de Hoge Raad art. 246 Sr (aanranding) in het Tongzoen III-arrest niet noemde.[77] In dat arrest stelde de Hoge Raad uitdrukkelijk dat een tongzoen een seksuele strekking heeft.[78] Mocht de Hoge Raad de hier geconstrueerde zienswijze van Keijzer delen (dat een afgedwongen tongzoen niet zonder meer als 'aanranding' mag worden aangemerkt; dit is nog niet gebleken) dan zou dat naar verwachting niet kunnen liggen aan het ontbreken van een sek-

76 Zie r.o. 2.4 in HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. Keijzer (Tongzoen III).

77 Volgens Keijzer (zie de weergegeven voetnoot uit zijn annotatie) zou de Hoge Raad in het Tongzoen II-arrest wel op art. 246 Sr hebben gewezen. Ikzelf zie dat iets anders. Art. 246 Sr wordt in dat arrest alleen genoemd in de weergave van door anderen gegeven kritiek op het Tongzoen I-arrest (zie r.o. 2.6 in Tongzoen II; HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. Keijzer en de bespreking daarvan op p. 207 van deze studie).

78 Zie r.o. 2.4 in HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. Keijzer (Tongzoen III).

suele strekking. Het moet dan worden gezocht in de waardering van het betrokken rechtsgoed, mogelijk in combinatie met het kaliber van het begrip en de kwalificatie 'aanranding'. Ook in dat opzicht laat dit voorbeeld zien dat genuanceerde visies op de betrokken rechtsgoederen, en in ruimere zin op de betrokken belangen, wezenlijke gevolgen kunnen hebben voor de uitleg van 'ontucht' en 'ontuchtig'.

Voor de uitleg van het bestanddeel 'ontucht' en soortgelijke bestanddelen is voorts van betekenis of de daarbij betrokken belangen worden gezocht in de moraliteit, in de (mogelijke) schade, of in een combinatie van beide.

De maatstaf die door de wetgever ten aanzien van 'ontucht' is aangelegd – in strijd handelen met de sociaal-ethische norm – lijkt door de gebezigde terminologie een morele lading te hebben. In de weergegeven wetsgeschiedenis kwamen ook termen naar voren als 'de publieke moraal' en 'de normen van de maatschappelijke meerderheid'. Tegelijkertijd bleek dat de minister het accent legde op bescherming van kwetsbare groepen en daarbij ook op het gevaar voor schade wees.[79]

Het criterium van de sociaal-ethische norm geeft uit zichzelf geen richting aan; of het maatschappelijk onwenselijke moet worden afgemeten aan de publieke moraal of aan de schadelijkheid, kan aan het criterium niet worden afgelezen.[80] Natuurlijk zal de publieke moraal niet altijd louter de abstracte zedelijkheid – de 'goede zeden' – betreffen. Maatschappelijke afkeuring van gedrag kan ook verband houden met de overtuiging dat door dat gedrag schade wordt berokkend. Maar ook dan kan verschil bestaan tussen de verwachte schadelijkheid en de daadwerkelijke schadelijkheid zoals die uit empirisch onderzoek zou blijken. Met betrekking tot deze invalshoeken kan volgens Gooren een duidelijk verschil in uitkomst worden verwacht:

> 'Het risico bestaat dat een juridisch begrip zoals ontucht als semantisch sleepnet, gelijk aan het begrip 'onveilig' (...), gaat opereren, daar het meer en meer seksuele gedragingen en daders strafrechtelijk relevant kan maken. Dat is met name aan de orde als moraliteit (normatief) in plaats van schade (empirisch) het uitgangspunt van de bestraffing lijkt te zijn.'[81]

Het lijkt in deze tijd hoe dan ook een juiste veronderstelling dat de rechtvaardiging voor de zwaardere zedendelicten steeds uitdrukkelijker is komen liggen bij het voorkomen van schade. Hiervoor is steun te vinden in de totstandkomingsgeschiedenis van de zedenbepalingen die sinds 1991 zijn ingevoerd (zoals art. 248b, 248c, 248d, 248e, en 248f Sr) en in de daaraan verbonden internationale instrumenten, waarin de schadelijkheid als grondslag is aange-

---

79 Zie bijvoorbeeld *Handelingen II*, 18 oktober 1990, p. 583.

80 In dit kader is kenmerkend dat de wetgever bij de totstandkoming van art. 254 Sr zoals dat thans luidt (bestialiteit), lijkt te hebben geworsteld met de precieze aard van de maatschappelijke onwenselijkheid die het strafbaar stellen van 'ontuchtige handelingen' met dieren rechtvaardigt: moraliteit, schade, of een combinatie van beide. Zie hierover Kool 2011, p. 353 e.v.

81 Gooren, *TvV* 2011/2, p. 35.

dragen.[82] Daarnaast valt op dat ook de strafmotiveringen van de rechter in deze context vaak zijn opgetrokken rond de veronderstelde schade of kans op schade.[83]

Dat alles neemt vanzelfsprekend niet weg dat de rechter zich dikwijls voor gevallen ziet gesteld waarin het schadeoordeel moeilijk is, zoals bij een consensueel sekstrio tussen jeugdigen.[84] In dit verband kan worden opgemerkt dat een iets andere instructie lijkt uit te gaan van de vraag of een handeling 'in strijd is met de sociaal-ethische norm' dan van de vraag of een handeling 'algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard' (de spiegelbeeldige formulering van de Hoge Raad, zie paragraaf 2.3.3). Hoewel verondersteld mag worden dat de vragen hetzelfde inhouden en ook geen aanwijzingen in de rechtspraak kunnen worden gevonden dat hiertussen verschil wordt gemaakt, is niettemin voorstelbaar dat gevoelsmatig eerder tot de conclusie kan worden gekomen dat een concreet geval van een trio tussen jeugdigen niet 'in strijd is met de sociaal-ethische norm', dan tot de conclusie dat een dergelijke trio 'algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard'.[85]

Ten slotte kan een complicerende factor bij de beoordeling van 'ontucht' zijn dat de betreffende jeugdige seksueel meerderjarig is (bijvoorbeeld in het kader van art. 248a Sr; het uitlokken van ontucht). In dat soort gevallen rijst de vraag in hoeverre die seksuele meerderjarigheid, gecombineerd met consensualiteit, een extra drempel kan opwerpen voor het aannemen van 'ontucht'. Hierop wordt teruggekomen in paragraaf 2.4.2.3.

---

82 Zie paragraaf 2.4.2.

83 Voor enkele voorbeelden zie: Rb. Utrecht 28 juni 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN0612; Rb. Utrecht 28 september 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU7204; Hof Leeuwarden 25 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1325; Hof Arnhem-Leeuwarden 26 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5620. Illustratief zijn ook de hierin opgenomen beoordelingen van de gevraagde immateriële schadevergoeding.

84 Zie voor enkele voorbeelden: HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer, Rb. Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2014:4933 en Rb. Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2014:4934. In de eerstgenoemde zaak was sprake van een trio tussen een vijftienjarig meisje, haar zeventienjarige vriend en een andere zeventienjarige jongen, waarbij in ieder geval (maar mogelijk ook: uitsluitend) achteraf bleek dat het meisje wel met haar vriend, maar liever niet met de andere jongen seks had willen hebben. Zowel rechtbank als hof veroordeelde die andere jongen ter zake van art. 245 Sr, met name op grond van het ontbreken van een eerdere seksuele dan wel affectieve relatie met het meisje. Het arrest van het hof bleef in cassatie in stand (zie hierover ook De Roos, *NJB* 2010/1790). De uitspraken van de rechtbank Rotterdam betroffen een trio tussen een vijftienjarig meisje, een veertienjarige jongen en een vijftienjarige jongen. Beide jongens werden vervolgd ter zake van art. 245 Sr, maar werden daarvan vrijgesproken op de gronden dat de seks consensueel was, dat de leeftijdsverschillen hier zeer gering waren, daarbij mede de leeftijdsfase in aanmerking genomen, dat het meisje met beide verdachten afzonderlijk ook eerder seks had gehad en dat de betrokkenen onderling zowel voor als na de handelingen een goede verstandhouding hadden.

85 Vgl. De Roos *NJB* 2010/1790, waarin de auteur opmerkt dat het woord 'algemeen' in de vraag of iets 'algemeen als sociaal-ethisch is aanvaard' mogelijk bijzondere betekenis heeft.

2.3.5 'Plegen' door de dader en 'plegen' en 'dulden' door het slachtoffer

2.3.5.1 Inleiding

Bij de beoordeling van 'ontucht' zoals dat strafbaar is gesteld in Titel XIV, kan de vraag worden opgeworpen in hoeverre eisen worden gesteld aan de wijze waarop het contact plaatsvindt. Vallen onder 'ontucht' ook eenzijdige handelingen van het slachtoffer bij de verdachte en eenzijdige handelingen van de verdachte bij het slachtoffer? Kan ook sprake zijn van 'ontucht' zonder lichamelijk contact? Het antwoord op deze vraagstukken bepaalt wanneer alleen de – vanuit de strafmaxima bezien – minder zware zedendelicten aan de orde zijn, zoals schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) en een jeugdige met ontuchtig oogmerk ertoe bewegen getuige te zijn van seksuele handelingen (art. 248d Sr), en wanneer tevens de zwaardere zedendelicten van toepassing kunnen zijn, bijvoorbeeld in geval van webcamcontact.

Eerder kwam naar voren dat de wetgever zich heeft aangesloten bij de algemene definitie van ontucht die in Noyon-Langemeijer-Remmelink was geformuleerd: 'handelingen, gericht op seksueel contact althans contact van seksuele aard, in strijd met de sociaal-ethische norm'. In deze definitie worden ook de in aanmerking komende handelingen omschreven: 'handelingen gericht op seksueel contact', althans 'contact van seksuele aard'. Maar uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de wetgever zich aan deze specifieke omschrijvingen heeft willen binden. Het is de wet zelf die de beperkingen lijkt aan te geven, door de betreffende handelingen op verschillende manieren uit te drukken. In de onderstaande tabel zijn die uitdrukkingen beknopt opgenomen met cursiveringen, zonder uitputtende weergave van de overige bestanddelen.

In de tabel valt op dat in Titel XIV op diverse plaatsen onderscheid wordt gemaakt tussen het plegen van ontuchtige handelingen en het dulden daarvan. Daarnaast omvatten sommige delicten alleen het 'ontucht plegen met'. In grote lijnen zijn deze onderscheidingen onder te verdelen in een 'plegen' door de dader (zie onder andere art. 247 Sr), een 'plegen' door het slachtoffer (zie onder andere art. 248f en 250 Sr) en een 'dulden' door het slachtoffer (zie onder andere art. 246 en 248a Sr).

In de volgende paragrafen wordt de betekenis van de verschillende varianten verkend. Hierbij zij opgemerkt dat die betekenis doorgaans niet uit een enkel arrest of een fragment uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid en dat die betekenis zich ook bij nadere bestudering van de betreffende bronnen niet altijd goed laat kennen.

artikel in Titel XIV	***uitdrukkingen van ontucht***
art. 245 Sr	*met* een jeugdige ontuchtige handelingen *plegen* die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam
art. 246 Sr	iemand dwingen *tot* het *plegen of dulden* van ontuchtige handelingen
art. 247 Sr	*met* een jeugdige ontuchtige handelingen *plegen;* een jeugdige verleiden tot het *plegen of dulden* van ontuchtige handelingen
art. 248a Sr	een jeugdige bewegen ontuchtige handelingen *te plegen* of zodanige handelingen *van hem te dulden*
art. 248b Sr	*ontucht plegen met* een jeugdige die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen *met* een derde
art. 248c Sr	aanwezig zijn bij het *plegen* van ontuchtige handelingen *door* een jeugdige
art. 248d Sr	met *ontuchtig* oogmerk een jeugdige bewegen getuige te zijn van *seksuele handelingen*
art. 248e Sr	(...) met het oogmerk ontuchtige handelingen *met* een persoon te *plegen*
art. 248f Sr	het *plegen* van ontucht *door* een jeugdige *met* een derde teweegbrengen of bevorderen
art. 249 Sr	ontucht *plegen met* een jeugdige
art. 250 Sr	het *plegen* van ontucht *door* jeugdige *met* een derde teweegbrengen of bevorderen
art. 254 Sr	ontuchtige handelingen *plegen met* een dier
art. 254a Sr	een afbeelding van een ontuchtige handeling, *waarbij een mens en een dier zijn betrokken of schijnbaar zijn betrokken*, verspreiden etc.

Tabel 5. Uitdrukkingen van door Titel XIV bestreken ontucht

2.3.5.2 Strikte uitleg van de Hoge Raad bij art. 242 Sr

Uit de rechtspraak is af te leiden dat de Hoge Raad, bij de uitleg van in de zedendelicten geformuleerde handelingen, zowel een strikte als een flexibele lijn hanteert. De strikte lijn van de Hoge Raad treft men aan bij zijn jurisprudentie met betrekking tot het delict verkrachting. In art. 242 Sr staat weliswaar niet het bestanddeel 'ontucht', maar zoals besproken ligt daaraan de gedachte van de wetgever ten grondslag dat verkrachting intrinsiek ontuchtig is en de strafbaarstelling daarom het bestanddeel kan missen. De insteek van de Hoge Raad in deze context is bovendien relevant voor art. 243, 244, en 245 Sr, iets wat dadelijk aan de orde komt.

De strafbaarstelling van verkrachting luidt (cursivering toegevoegd):

> Artikel 242
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand *dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam*, wordt als schuldig aan ver-

> krachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie

In 2005 krijgt de Hoge Raad een zaak voorgelegd waarin het hof bewezen heeft verklaard dat de verdachte het slachtoffer heeft gedwongen een pollepel en het heft van een mes in de eigen anus te brengen en heen en weer te bewegen. Die feiten heeft het hof telkens gekwalificeerd als 'verkrachting'. In cassatie wordt geklaagd over de betekenis die het hof heeft toegekend aan het bestanddeel ‘seksueel binnendringen van het lichaam’. De Hoge Raad acht het middel terecht voorgesteld:

> ‘3.4 In art. 242 Sr is het op de daar omschreven wijze dwingen van iemand tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnen dringen van het lichaam strafbaar gesteld als 'verkrachting'.
> Art. 242 Sr heeft zijn huidige redactie gekregen bij de Wet van 9 oktober 1991, Stb. 1991, 519. Daarmee is het bereik van die bepaling verruimd. Art. 242 (oud) Sr bedreigde straf tegen degene die een vrouw dwong tot het met hem hebben van vleselijke gemeenschap.
> Blijkens de wetsgeschiedenis is met de wijziging van art. 242 Sr beoogd ook verkrachting van mannen onder het bereik van die bepaling te brengen, terwijl zij voorts ten doel had ook andere wijzen van seksueel binnendringen van het lichaam van het slachtoffer als verkrachting strafbaar te stellen.
> Niet blijkt dat de wetgever de reikwijdte van die bepaling ook in die zin heeft willen verruimen dat daaronder — anders dan onder art. 242 (oud) Sr — ook seksuele handelingen zouden vallen die zijn gepleegd door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend.
> Uit de wetsgeschiedenis, die onder meer inhoudt dat het onderscheid tussen verkrachting en feitelijke aanranding van de eerbaarheid uitdrukkelijk is gehandhaafd, moet worden afgeleid dat de wetgever in zoverre de bestaande systematiek van titel XIV van Boek II van het Wetboek van Strafrecht niet heeft willen verlaten. Dat betekent dat ook na bedoelde wetswijziging het dwingen van een ander tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, ook als zij mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, feitelijke aanranding van de eerbaarheid oplevert, strafbaar gesteld bij art. 246 Sr.
> Daarvan is ook sprake als het slachtoffer wordt gedwongen aan zichzelf dergelijke handelingen te verrichten.
>
> 3.5 Uit het vorenstaande volgt dat het Hof het bewezenverklaarde onder 1 en 2 telkens ten onrechte heeft gekwalificeerd als 'verkrachting'.’[86]

Samengevat komt de redenering van de Hoge Raad erop neer dat de uitbreidingen in art. 242 Sr vanaf 1991, moeten worden gezien in het licht van de omstandigheid dat art. 242 Sr eerder alleen de vleselijke gemeenschap betrof. Die gemeenschap had in die context het algemene kenmerk dat zij plaatsvindt door een penetratie van het slachtoffer, verricht door de dader. In het bijzonder had deze gemeenschap het kenmerk dat zij de penetratie van een vrouw betrof, door middel van het mannelijk geslacht. Volgens de Hoge Raad is in 1991 weliswaar van dit laatstgenoemde bijzonder kenmerk afstand gedaan (sindsdien kan het ook de andere vormen van penetratie betreffen, en tevens de penetratie van een mannelijk slachtoffer), maar dat wil nog niet zeggen dat

[86] HR 11 oktober 2005, *NJ* 2006/614 (Pollepel).

de wetgever ook afstand heeft willen doen van het hiervoor omschreven algemene kenmerk (een penetratie van het slachtoffer, verricht door de dader).

Hoewel in de casus alleen sprake is van dwang tot het bij zichzelf inbrengen van attributen, is de strekking van het oordeel van de Hoge Raad aanzienlijk ruimer: seksuele handelingen die zijn gepleegd door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend, kunnen geen verkrachting in de zin van art. 242 Sr opleveren.[87] In zijn uitdrukking 'gepleegd door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend' legt de Hoge Raad het 'plegen' klaarblijkelijk zeer beperkt uit. Een functionele uitleg van 'plegen' (middellijk plegen c.q. doen plegen) valt er niet onder. Immers, het feit dat de handeling van het slachtoffer in direct verband stond met de uitgeoefende dwang door de verdachte, maakt het in de ogen van de Hoge Raad nog geen seksuele handeling 'gepleegd door' de dwinger. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat degene die wordt gedwongen seksueel binnen te dringen bij degene die de dwang uitoefent, strafrechtelijk gezien geen slachtoffer is van verkrachting. Dit geldt eveneens voor twee personen die door een derde worden gedwongen bij elkaar binnen te dringen. Voorts lijkt ook het gedwongen worden tot het zich laten penetreren door een dier of tot het pijpen van een dier eveneens geen verkrachting te kunnen opleveren, tenzij de dwinger het dier hierbij zodanig leidt dat van 'plegen' in de hiervoor bedoelde zin kan worden gesproken.[88] Dit 'leiden' zou dan moeten kunnen worden gezien als variant van het door de verdachte zelf inbrengen van attributen, wat wel onder verkrachting valt.[89] Al-

87 Vgl. Hof Arnhem 29 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL9510 en Hof Den Haag 9 december 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BV8955, met een beroep op het Pollepel-arrest. Voor deze opvatting is ook steun te vinden in het eindrapport van de commissie-Melai, die een nog veel beperkter perspectief innam. Zij overwoog ten aanzien van de door haar voorgestelde vernieuwing van het delict 'aanranding': 'Evenmin als thans bij artikel 246 het geval is, voorziet de voorgestelde bepaling in een bijzonder voorschrift voor de gevallen waarin de dader het slachtoffer dwingt zich sexuele handelingen van een derde te laten welgevallen. In dergelijke gevallen zal van degene die de dwang uitoefent en van de derde kunnen worden aangenomen dat zij medeplegers zijn.' Zie Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980, p. 45. Omdat de commissie hierbij kennelijk uitgaat van *strafbaar* medeplegen, hield zij er kennelijk geen rekening mee dat de derde eveneens – en in gelijke mate – slachtoffer van de dwang zou kunnen zijn (zie ook hierna).

88 Voor zaken waarin dwang tot het dulden van penetrerende bestialiteit als aanranding (art. 246 Sr) is vervolgd en bestraft, zie o.m. HR 20 januari 1998, *NJ* 1998/337 (Bestialiteit) en HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1317 (Kraggenburg).

89 Zie HR 2 mei 1995, *NJ* 1995/583 en vgl. voorts Rb. Leeuwarden 7 oktober 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BF7034. Bij deze zaken bestond het seksueel binnendringen hieruit dat de verdachte de anus van het slachtoffer had gepenetreerd met stukken gereedschap respectievelijk met een bevroren frikandel. Opgemerkt zij dat deze zaken zijn gewezen vóór het Tongzoen II-arrest (HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437 m.nt. N. Keijzer). In laatstgenoemd arrest is de aard van het 'seksueel binnendringen' beperkt, in zoverre dat handelingen niet meer een 'seksueel binnendringen' in de zin van de wet kunnen opleveren zolang deze in redelijkheid niet op één lijn kunnen worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging. In de rede ligt niettemin dat het door de verdachte penetreren van de anus van het slachtoffer met stukken gereedschap dan wel met een bevroren frikandel ook aan dit Tongzoen II-criterium voldoet, zodat het Tongzoen II-arrest geen verandering heeft gebracht in de sta-

gemeen gesteld is dus in beginsel van (het plegen van) verkrachting uitgesloten: iemand dwingen tot het verrichten van een binnendringen bij zichzelf, iemand dwingen tot het binnendringen bij een ander, en iemand dwingen tot het ondergaan van een binnendringen door een ander dan de dwinger of door een dier. Hoewel de tekst van art. 242 Sr ruimte biedt voor een aanzienlijk ruimere interpretatie ('dwingen tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam') heeft de Hoge Raad het delict 'verkrachting' met een beroep op de wetsgeschiedenis tot een kleiner gebied afgebakend en de rest van de afgedwongen handelingen geplaatst in de context van de 'ontuchtige handelingen' in de zin van art. 246 Sr.

Wat de Hoge Raad in het Pollepel-arrest aanvoert over de wetsgeschiedenis met betrekking tot art. 242 Sr, lijkt, gezien de wetsgeschiedenis, evenzeer te moeten gelden voor art. 243, 244 en 245 Sr. Ook die bepalingen waren vóór 1991 beperkt tot de 'vleselijke gemeenschap' en ook bij die bepalingen is niet gebleken van een wens tot het creëren van een ruimere strekking dan door de Hoge Raad beschreven. Tegen deze achtergrond kan het arrest dus van betekenis worden geacht voor alle delicten die op enigerlei wijze een seksueel binnendringen strafbaar stellen. In deze richting wijst ook de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over de aard van het binnendringen (de nieuwe Tongzoen-arresten), waarin geen onderscheid wordt gemaakt tussen art. 242 Sr enerzijds en de andere delicten met het bestanddeel 'seksueel binnendringen' anderzijds.[90] Hieraan kan nog worden toegevoegd dat art. 243, 244 en 245 Sr tekstueel gezien ('*met* iemand handelingen plegen) zelfs minder ruimte laten voor een ruime toepassing dan art. 242 Sr dat doet. Op grond van het Pollepel-arrest en tegen de achtergrond van de overige genoemde omstandigheden schijnt dus, wederom algemeen gesteld, van het plegen van art. 243, 244 en 245 Sr uitgesloten te zijn: het bewegen tot het verrichten van een binnendringen bij zichzelf, het bewegen tot het binnendringen bij een ander en het bewegen tot het ondergaan van een binnendringen door een ander dan de 'beweger' of door een dier.[91]

---

tus van de genoemde voorbeelden. Zie over het bestanddeel 'seksueel binnendringen' voorts paragraaf 2.7.2.

90 Zie met name HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. N. Keijzer (Tongzoen III), als vervolg op HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437 m.nt. N. Keijzer (Tongzoen II). In paragraaf 2.7.2 wordt de Tongzoen-jurisprudentie nader besproken.

91 Deze uitgangspunten vinden bevestiging in opmerkingen van regeringszijde in 2007, over de reikwijdte van art. 244 en 245 Sr bij webcamgevallen. Zie hiervoor het citaat opgenomen op p. 81 van deze studie, afkomstig uit *Handelingen II* 2006/07, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1089 (vragen van het lid Gerkens (SP) aan de minister van Justitie over de aanpak van seksuele uitbuiting van minderjarigen op het internet), p. 2312.

2.3.5.3 Flexibele, maar complexe uitleg van de Hoge Raad bij art. 246, 247 en 249 Sr

Inleiding

Bij art. 246 Sr (aanranding), art. 247 Sr (i.c.: ontucht plegen met een minderjarige) en art. 249 Sr (i.c.: ontucht plegen met een minderjarige in een afhankelijkheidsrelatie) is de Hoge Raad aanzienlijk flexibeler bij het beoordelen van de reikwijdte van de betreffende gedragingen. Dat blijkt uit een serie arresten uit de afgelopen decennia. De arresten bieden voor de strekking van de bestanddelen 'plegen' en 'dulden' belangrijke informatie, maar zijn in onderlinge samenhang bezien complex. Zij worden daarom uitvoerig voor het voetlicht gebracht en nadien nader besproken.

Bespreking van de afzonderlijke arresten

In de mond wateren.[92] In 1972 oordeelt de Hoge Raad dat een handeling 'onder omstandigheden' ook zonder lichamelijke aanraking het karakter van een ontuchtige handeling kan hebben in de zin van art. 247 Sr ('met iemand jonger dan zestien jaar ontuchtige handelingen plegen'). In de bewezenverklaring van het hof was niet alleen opgenomen dat de verdachte de penis van de jeugdige in zijn mond heeft gehouden en daaraan heeft gelikt, maar ook dat de verdachte zich 'ontuchtiglijk' door de jeugdige in zijn mond heeft laten wateren. Tegen dit laatste onderdeel richt het cassatiemiddel zich, op de grond dat zonder lichamelijk contact nooit van een ontuchtige handeling sprake zou kunnen zijn.

In zijn conclusie ziet A-G Remmelink de relevante omstandigheden niet gelegen in het ook bewezen verklaarde fysieke contact, maar reeds in de nabijheid van de geslachtorganen bij het betreffende urineren:

> 'Lichamelijk contact zo dat al voor wat betreft dit onderdeel ontbroken zou hebben lijkt mij voor ontucht niet zonder meer noodzakelijk, nl. in gevallen waarbij 'sex-gevoelige' organen en lichaamsdelen met ontuchtige bedoeling zo dicht in de buurt van de geslachtsorganen van de andere persoon worden gebracht, dat dit 'bijna-contact' zeker in de voorstelling van het slachtoffer met een werkelijke aanraking gelijk gesteld kan worden. Zo heeft Uw Raad het grijpen onder de rokken van een vrouw door een man met (onmiskenbaar) ontuchtige bedoelingen als een ontuchtige handeling aangemerkt zonder dat daarbij een rol speelde de vraag of het lichaam der vrouw ter plaatse wel was aangeraakt. Vgl. HR 1 dec. 1890, W 5973. Zie ook nog HR 20 maart 1896, W 6777.'

Hoewel de Hoge Raad de veroordeling in stand laat, wordt niet duidelijk welke omstandigheden voor dit oordeel beslissend zijn. Overwogen wordt slechts 'dat immers een gedraging als in het middel bedoeld ook zonder lichamelijke aanraking onder omstandigheden het karakter van een ontuchtige handeling kan hebben in de zin van art. 247 Sr. en blijkens de bewezenverklaring — welke niet slechts inhoudt dat req. 'die jongen (...) in zijn, verdachtes, mond

[92] HR 31 oktober 1972, *NJ* 1973/39.

heeft laten wateren', maar ook dat hij zulks 'ontuchtiglijk' heeft gedaan — in het onderhavige geval dat karakter had'.

Doen openhouden van de vagina.[93] In 1998 wijst de Hoge Raad op dezelfde dag twee arresten met betrekking tot het onderhavige thema. De eerste zaak betreft een vader die volgens de bewezenverklaring van het hof ontucht heeft gepleegd met zijn minderjarige dochter, door ontuchtig en oneerbaar (i) haar op of bij de met een onderbroek bedekte vagina te zoenen, (ii) haar met een onderbroek bedekte vagina met zijn vingers te betasten, en (iii) haar de vagina en billen te laten openhouden om daarvan vervolgens in die positie foto's en video-opnamen te maken. Het oordeel van het hof dat dit als derde weergegeven 'laten openhouden' zonder lichamelijk contact, kan worden aangemerkt als 'ontucht plegen met' in de zin van art. 249 Sr, wordt door de Hoge Raad niet problematisch geacht, maar in het midden blijft waarom.

Bestialiteit.[94] In de tweede zaak uit 1998 gaat het om een verdachte die een vrouw door middel van verbale bedreigingen heeft gedwongen de penis van een hond in haar mond te nemen en in haar vagina te brengen. Het middel richt zich niet expliciet tegen de afwezigheid van lichamelijk contact, maar tegen de veronderstelling dat onder 'ontucht' ook handelingen tussen mens en dier kunnen vallen. De Hoge Raad acht het middel tevergeefs voorgesteld: 'Indien iemand tegen haar of zijn wil wordt gedwongen tot het plegen of dulden van sexuele handelingen met een dier wordt immers ook een inbreuk gemaakt op de sexuele integriteit van die persoon', aldus de Hoge Raad. De afgedwongen bestialiteit was in deze zaak bewezen verklaard als dwang tot 'het plegen en dulden van ontuchtige handelingen' (art. 246 Sr).

Laten betasten (I).[95] In 2001 overweegt de Hoge Raad dat, 'gelet op de strekking van art. 247 Sr', het betasten van het blote lichaam van de slachtoffers die toen tussen de 4 en 8 jaar oud waren, het laten betasten van de penis van de verdachte en het kijken naar en fotograferen van de slachtoffers met een nadruk op de blote geslachtsdelen, door het hof kon worden aangemerkt als het plegen van ontuchtige handelingen met die slachtoffers. Het opmerkelijke hierbij is dat in de beoordeelde bewezenverklaring, naast het betasten, ook het 'laten betasten', 'kijken naar' en 'fotograferen van' is opgenomen. Deze gedragingen kunnen dus in ieder geval onderdeel zijn van een feitencomplex dat in zijn geheel wordt aangeduid als het plegen van ontuchtige handelingen met het slachtoffer, zoals ook in de arresten *In de mond wateren* en *Doen openhouden van de vagina* het geval was.

Laten betasten (II).[96] Later, in 2003, komt de kwestie van het 'laten betasten' op scherp te staan in een cassatiezaak waarbij de verdachte door het hof was

93 HR 20 januari 1998, *NJ* 1998/336.
94 HR 20 januari 1998, *NJ* 1998/337.
95 HR 11 december 2001, *NJ* 2002/61.
96 HR 9 september 2003, *NJ* 2003/637.

veroordeeld ter zake van art. 247 Sr ('met iemand jonger dan zestien jaar ontuchtige handelingen plegen'), omdat hij had nagelaten in te grijpen toen een jeugdig meisje zijn penis vastpakte.[97] Voor A-G Machielse gaat het te ver om dit als 'plegen' aan te merken. Zijn uitgebreide betoog is in deze context belangwekkend, omdat hij leunt op de kennelijke bedoeling van de wetgever zoals die zou blijken uit de gebezigde wetstermen, en hij daarbij de onderscheidingen in de wet kernachtig problematiseert:

> 3.3 (...) De advocaat heeft betoogd dat verdachte het kind niet heeft aangeraakt, maar dat zij verdachte telkens bij zijn penis heeft gepakt. Een plegen van ontucht zal dikwijls bestaan in een samenstel van wederzijds handelen en wordt dan ook wel als zo een complex geheel bewezenverklaard. [Hierbij verwijst Machielse in een noot naar het arrest *Laten betasten I* uit 2001; KL.] Bewezenverklaard is hier dat verdachte zich bij zijn penis heeft laten pakken, een eenzijdig gebeuren. Maar het enkele ondergaan is nog niet gelijk te stellen aan het plegen van ontuchtige handelingen met die ander. Het hiaat in art. 247 Sr bestaat erin dat het verleiden van een kind tot het plegen van seksuele handelingen wel strafbaar is, maar enkel wanneer die handelingen aan een derde geschieden en dus niet aan de verleider zelf.
>
> Een jurisprudentiële uitbreiding van art. 247 Sr lijkt mij niet in de rede te liggen, omdat bij de zedendelicten de wetgever juist expressis verbis onderscheid heeft gemaakt tussen plegen en dulden; zie art. 246, art. 247 (met betrekking tot het verleiden) en 248a Sr. Het ligt dan niet voor de hand om in art. 247 Sr het eerste 'plegen' aldus te verstaan dat het ook het 'dulden' zou omvatten.
>
> 3.4 In de onderhavige zaak voert mij dit tot de slotsom dat de tenlastelegging innerlijk tegenstrijdig of onduidelijk is. Tenlastegelegd is immers het 'plegen', hetgeen zal moeten worden verstaan in dezelfde betekenis als in art. 247 Sr, op de plaats waar het woord voor het eerst voorkomt, aan dat woord toekomt en welke dus niet het 'dulden' omvat. Als het 'laten vastpakken' in de tenlastelegging enkel doelt op het toelaten dat wordt vastgepakt levert dat geen 'plegen' op. Als 'laten vastpakken' erop duidt dat verdachte het kind heeft bewogen tot het vastpakken zou er wellicht sprake kunnen zijn van verleiden, maar dan komt art. 247 Sr nog niet in aanmerking omdat dat artikel verlangt dat het verleiden is gericht op het plegen van ontucht of dulden van ontucht met een derde. Ook dan zou de tenlastelegging dus innerlijk uit evenwicht zijn. Alleen art. 248a Sr zou in beeld kunnen komen waar het opzettelijk bewegen van een minderjarige tot het plegen van ontuchtige handelingen strafbaar is gesteld. Maar voor dat geval zou ik menen dat het 'opzettelijk bewegen' te summier is omschreven. Ik zie dan nog af van het gegeven dat het middel waardoor het kind bewogen zou zijn in de tenlastelegging ontbreekt.
>
> 3.5 Aanvankelijk was art. 247 Sr tenlastegelegd zowel als het plegen van ontucht met een jeugdige als in de vorm van het verleiden tot ontucht. In hoger beroep is de tenlastelegging gewijzigd en is zij gaan bestaan uit een primair en een subsidiair gedeelte. Het primaire deel zag op het misdrijf van art. 247 Sr voor zover sprekende van het plegen van ontucht met een persoon jonger dan zestien jaren, het subsidiaire deel hield het verwijt in dat verdachte zich zou hebben schuldig gemaakt aan het misdrijf van art. 249 lid 1 Sr. Het hof is niet toegekomen aan het subsidiair tenlastegelegde. Maar mijns inziens geldt voor het subsidiair tenlaste-

97 In 1985 had het Hof Arnhem al eens iemand vrijgesproken op de grond 'dat 'het laten' betasten van de, al dan niet door kleren bedekte, mannelijkheid niet oplevert een ontuchtige handeling aan de zijde van de verdachte, zodat er geen sprake kan zijn van 'plegen' van ontuchtige handelingen in de zin van art. 247 Sr, nu in dit artikel duidelijk onderscheiden wordt tussen de actieve handelingen en het passief ondergaan van dergelijke handelingen'. Zie Hof Arnhem 26 april 1985, *NJ* 1985/706.

> gelegde hetzelfde als wat ik zojuist opmerkte voor het primair tenlastegelegde; ook het subsidiair tenlastegelegde beschuldigt van het plegen van ontuchtige handelingen, welke handelingen vervolgens zijn omschreven als een 'laten'. Het subsidiaire deel moet daarom naar mijn mening het lot van het primaire deel delen.'

De Hoge Raad ziet het anders. Met een beroep op de uit de wetgeschiedenis afgeleide ratio van de zedenwetgeving, kan volgens de Hoge Raad het niet-ingrijpen als het 'plegen van ontuchtige handelingen met' het slachtoffer worden beschouwd:

> 'Art. 247 Sr strekt, voorzover hier van belang, tot bescherming van de seksuele integriteit van personen die daartoe, gelet op hun jeugdige leeftijd in het algemeen worden geacht niet of onvoldoende in staat te zijn (vgl. HR 24 juni 1997, NJ 1997, 676). In het licht daarvan getuigt 's Hofs oordeel, waarin ligt besloten dat de verdachte de seksuele integriteit van het zeer jeugdige slachtoffer heeft geschonden door na te laten in te grijpen toen het meisje zijn penis betastte, hoewel uit een oogpunt van de bescherming van haar seksuele integriteit zulk ingrijpen was geboden, en dat de verdachte zich aldus heeft schuldig gemaakt aan het plegen van ontuchtige handelingen als bedoeld in art. 247 Sr, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk, terwijl het, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder kan worden getoetst.'

Masturberen (I).[98] In 2004 verschaft de Hoge Raad meer duidelijkheid over de status van eenzijdige handelingen van de verdachte zonder lichamelijk contact met het slachtoffer (vergelijk het 'kijken naar' en 'fotograferen van' slachtoffers in het arrest *Laten betasten I* uit 2001). In de onderhavige casus was ten aanzien van de verdachte bewezen verklaard dat hij:

> '2. hij (…) ontucht heeft gepleegd met de aan zijn zorg toevertrouwde minderjarige X. (…) bestaande die ontucht hierin dat hij, verdachte zichzelf heeft afgetrokken in het bijzijn van die X. en zijn geslachtsdeel, dat in erectie verkeerde, aan die X. heeft getoond en,
> — het geslachtsdeel van die X. in de mond van hem, verdachte, heeft genomen en op en neer gaande bewegingen heeft gemaakt;
>
> 3. hij (…) met Y. (…) die toen de leeftijd van zestien jaren nog niet had bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen heeft gepleegd, bestaande hierin dat hij, verdachte ongekleed pornografische films heeft gekeken met Y. en zichzelf heeft bevredigd waar die Y. bij was en zichzelf heeft afgetrokken in het bijzijn van die Y. en zijn geslachtsdeel, dat in erectie verkeerde, aan die Y. heeft getoond en,
> — het geslachtsdeel van die Y. in zijn, verdachtes, mond heeft genomen en aan het geslachtsdeel van die Y. heeft gezogen.'

In het cassatiemiddel wordt gesteld dat de bewezenverklaarde gedragingen, voor zover daarbij geen lichamelijk contact tussen de verdachte en de slachtoffers heeft plaatsgevonden, niet als 'ontuchtig' in de zin van de art. 247 en 249 Sr kunnen worden aangemerkt. Op basis van de bewezen verklaarde, fysieke context waarin die gedragingen hebben plaatsgevonden, concludeert

98 HR 30 november 2004, *NJ* 2005/184, m.nt Mevis. Zie voor een soortgelijke casus HR 19 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8464.

A-G Machielse tot verwerping van het cassatieberoep. Maar anders dan in zijn arrest uit 2001, wordt door de Hoge Raad nu aan de hand van de bewijsmiddelen onderzocht in hoeverre de handelingen zonder lichamelijk contact hebben plaatsgevonden in combinatie met de handelingen met lichamelijk contact. Geconstateerd wordt dat de handelingen zonder lichamelijk contact in ieder geval gedeeltelijk hebben plaatsgevonden buiten de context van de handelingen met lichamelijk contact. Dat brengt de Hoge Raad ertoe de handelingen zonder lichamelijk contact geïsoleerd te beschouwen. Zodoende komt hij tot een ander oordeel dan de advocaat-generaal. En waar de Hoge Raad eerder, in 1972, enkel had gesteld dat ontucht zonder lichamelijke aanraking 'onder omstandigheden' mogelijk was, worden deze omstandigheden nu meer handen en voeten gegeven:

> 'Het middel neemt terecht tot uitgangspunt dat van ontucht met een minderjarige als bedoeld in de art. 247 en 249, eerste lid, Sr ook sprake kan zijn ingeval geen lichamelijke aanraking tussen de verdachte en de desbetreffende minderjarige heeft plaatsgevonden. Of de feitenrechter in een zodanig geval heeft kunnen oordelen dat een bewezenverklaarde gedraging het plegen van ontucht 'met' een zodanige minderjarige oplevert, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Voor wat betreft de bewezenverklaarde seksuele gedragingen van de verdachte die niet met lichamelijk contact gepaard gingen, kan uit de gebezigde bewijsmiddelen niet meer worden afgeleid dan dat de verdachte de minderjarigen zonder daarbij iets van hen te verlangen, met die gedragingen heeft geconfronteerd, terwijl overigens die bewijsmiddelen niets inhouden omtrent enige voor het plegen van ontucht met die minderjarigen relevante interactie tussen de verdachte en die minderjarigen. De zich aldus voordoende, enkele omstandigheid dat, zoals ook is bewezenverklaard, die gedragingen zijn verricht in het bijzijn van die minderjarigen brengt evenwel niet mee dat die gedragingen kunnen worden aangemerkt als het plegen van ontucht met die minderjarigen, zoals bedoeld in de art. 247 en 249 Sr. Het in de bestreden uitspraak besloten liggende, andersluidende oordeel van het Hof geeft dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het middel terecht is voorgesteld. Opmerking verdient nog dat, gelet op de art. 239 en 240a Sr het vorenstaande niet meebrengt dat minderjarigen strafrechtelijke bescherming ontberen tegen inbreuken op hun seksuele integriteit door gedragingen als waarvan hier sprake is.'

Volgens deze overwegingen moet het criterium voor ontucht zonder lichamelijk contact in de sleutel worden gezet van de 'voor het plegen van ontucht met de minderjarige relevante interactie'. Wat opvalt is dat dit afwijkt van het bestialiteitsarrest uit 1998, waarin de Hoge Raad doorslaggevend achtte dat de handeling, die zonder contact met de verdachte had plaatsgevonden, inbreuk had gemaakt op de seksuele integriteit van het slachtoffer.[99] Voorts kan worden gesignaleerd dat het interactiecriterium wordt geïntroduceerd ter beoordeling van het onderdeel 'met' in 'ontucht plegen met'. De Hoge Raad maakt dit duidelijk door het plaatsen van aanhalingstekens ('met').[100] Ten slotte blijkt uit het onderhavige arrest dat enkel het confronteren van een slachtoffer met een bepaalde handeling zonder dat daarbij iets van dat slacht-

---

[99] Hierbij zij opgemerkt dat in het bestialiteitsarrest alleen werd geklaagd over het feit dat het handelingen tussen mens en dier betroffen. Niettemin zat in dat contact ingebakken dat de handelingen zonder lichamelijke betrokkenheid van de verdachte plaatsvonden.

[100] Vgl. Mevis in zijn noot onder het arrest.

offer wordt verlangd, op zichzelf te weinig interactie oplevert voor 'ontuchtige handelingen plegen met' (art. 247 Sr) en 'ontucht plegen met' (art. 249 Sr).

Fotocamera in de behandelkamer.[101] In 2009 wordt een beschikking van de rechtbank in het kader van beklag tegen een inbeslagname van een camera aangevochten bij de Hoge Raad. Bij een huisarts was een fotocamera in beslag genomen op grond van een verdenking ter zake van art. 246 Sr (aanranding) en art. 249 lid 2 Sr (ontucht met een functioneel afhankelijke). Volgens het proces-verbaal had een patiënte tijdens het laten maken van een uitstrijkje bemerkt dat een fotocamera verdekt stond opgesteld en op haar vagina gericht was, en dat op de camera lichtjes brandden. Nadat de vrouw hiertegen bezwaar maakte, zou de huisarts de camera hebben weggehaald en hebben gezegd dat de camera niets met haar te maken had. Op verzoek van de vrouw is het uitstrijkje alsnog afgenomen, waarbij de arts in de ogen van de vrouw een geschrokken en warrige indruk maakte.

Het cassatiemiddel komt op tegen de conclusie van de rechtbank dat sprake was van een redelijke verdenking ter zake van art. 246 Sr en art. 249 Sr. A-G Machielse acht dit middel gegrond. Uit niets blijkt dat sprake zou zijn geweest van enige dwang of druk die in de richting wijst van aanranding (art. 246 Sr). Voorts lijkt hem het maken van een foto van een blote vagina op zichzelf geen ontuchtige handeling die onder het bereik van art. 249 Sr valt. Verwijzend naar het arrest *Doen openhouden van de vagina* (1998) stelt Machielse dat het maken van een dergelijke foto onderdeel kan zijn van een reeks van handelingen die ertoe bestemd zijn om de ander een bepaalde pose te laten aannemen om daarvan foto's te kunnen maken, maar het eventuele bestaan van een dergelijk groter feitencomplex heeft de rechtbank niet vastgesteld.

Over de verdenking ter zake van art. 246 Sr laat de Hoge Raad zich niet uit, maar de door de rechtbank aangenomen verdenking ter zake van art. 249 Sr ('ontucht plegen met') wordt door de cassatierechter niet bezwaarlijk geacht:

> 'In een geval als het onderhavige, waarin het gaat om de inbeslagneming van voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen, moet de Rechtbank aan de hand van de beschikbare stukken en op basis van het – summiere – onderzoek in raadkamer zich een oordeel vormen over de vraag of er grond was voor inbeslagneming. Gelet op de feiten en omstandigheden die zijn gerelateerd in het (...) procesverbaal, is het oordeel van de Rechtbank voor zover inhoudende dat te dezen sprake is van een redelijk vermoeden van schuld aan het misdrijf van art. 249, tweede lid, onder 3°, Sr niet onbegrijpelijk.'

Hoewel duidelijk is dat de materieelrechtelijke criteria in de verdenkingssfeer niet zo scherp gehanteerd kunnen worden als in de sfeer van bewezenverklaring en kwalificatie, blijven de materieelrechtelijke criteria waaraan de Hoge Raad hier al dan niet losjes heeft getoetst aan het zicht onttrokken. Het interactiecriterium is in ieder geval niet uitdrukkelijk gebruikt. In zijn annotatie onder dit arrest wijst Buruma er voorzichtig speculerend op dat de beslissing

101 HR 10 november 2009, 2010/599, m.nt. Buruma.

van de Hoge Raad mede zou kunnen zijn ingegeven door de omstandigheid dat een verdenking ter zake van het delict dat hier zonder meer lijkt te zijn gepleegd – heimelijk filmen in de zin van art. 139f Sr – strafvorderlijke beperkingen met zich meebrengt. Bij een dergelijke, minder ernstige verdenking zou inbeslagname van de camera waarschijnlijk niet kunnen plaatsvinden in verband met het relevante verschoningsrecht van de arts.[102]

Masturberen (II).[103] In 2011 maakt de Hoge Raad weer gebruik van het interactiecriterium in een ontuchtzaak. De verdachte was door het hof veroordeeld ter zake van aanranding (art. 246 Sr) en vrijheidsberoving (art. 282 Sr), maar in cassatie wordt alleen geklaagd over de aangenomen aanranding. Het middel stelt dat de gedragingen van verdachte geen dwingen tot dulden of doen inhielden en dat er bij gebrek aan lichamelijke interactie met het slachtoffer geen ontuchtige handelingen hebben plaatsgevonden. De bewezenverklaring van het hof luidde als volgt:

> '[dat] hij (...) door feitelijkheden [het slachtoffer] heeft gedwongen tot het dulden van ontuchtige handelingen, bestaande uit het meermalen tonen van zijn, verdachtes, (stijve) geslachtsdeel aan die [slachtoffer] en meermalen, zichtbaar voor en in het bijzijn van die [slachtoffer], aftrekken en betasten van zijn, verdachtes, geslachtsdeel en meermalen zichzelf bevredigen, zichtbaar voor en in het bijzijn van die [slachtoffer] en het (onverhoeds) geven van een kus op een wang van die [slachtoffer] en bestaande die feitelijkheden uit (onverhoeds) binnenlopen en zich de toegang verschaffen tot de woning van die [slachtoffer], terwijl hij, verdachte, ontkleed was (op een handdoek om zijn middel na) en (vervolgens) sluiten van de toegangsdeur van die woning en gaan zitten op een stoel aan een tafel voor, althans zeer nabij, de (naar binnen draaiende) toegangsdeur van die woning, terwijl de toegangsdeur van die woning voor die [slachtoffer] niet bereikbaar was zonder verdachte te moeten passeren, en (aldus) het voor die [slachtoffer] niet mogelijk maken haar woning te verlaten en meermalen geen gevolg geven aan directe of indirecte (doordat die [slachtoffer] haar hoofd wegdraaide) verzoeken van die [slachtoffer] te stoppen en of niet door te gaan met ontuchtige handelingen en plaatsen van een flesje met olie en twee condooms op de tafel en insmeren van zijn geslachtsdeel met de inhoud van voornoemd flesje en vastpakken van de hand van die [slachtoffer] en meermalen uiten van seksueel getinte en intieme opmerkingen tegen die [slachtoffer], te weten: "mag ik je een massage geven" en "ik wil jouw borsten en string zien" en "mag ik je stringetje zien" en "mag ik je borsten zien" en "Wil je je shirt voor mij uittrekken" en "Wil je me pijpen" en " ik wil je likken" en "ik heb heel veel zin in je" en "ik wil heel graag in je" en "wil je mijn penis vasthouden".'

A-G Machielse geeft aan dat er wel degelijk lichamelijk contact is geweest; het hof heeft bewezen verklaard dat de verdachte stiekem het huis van het vrouwelijke slachtoffer is binnengeslopen, haar onverhoeds een kus op de wang heeft gegeven en ook haar hand heeft vastgepakt. Machielse meldt voorts dat daarbij ook aanvullende interactie heeft plaatsgevonden; de verdachte probeerde de vrouw zover krijgen dat zij hem ter wille zou zijn en de vrouw stelde alles in het werk om dat niet te hoeven doen, terwijl dat alles gebeurde op het moment dat verdachte de vrouw wederrechtelijk van haar vrijheid had

102 Zie zijn noot onder HR 10 november 2009, *NJ* 2010/599 (Fotocamera in de behandelkamer), punt 5.

103 HR 22 maart 2011, *NJ* 2011/146.

beroofd (dat feit stond in cassatie niet ter discussie). Volgens Machielse heeft de verdachte de vrouw aldus gedwongen te dulden dat hij haar aanraakte, dat hij haar een kus op de wang gaf en dat hij zich in haar woning seksueel bevredigde, en dat de verdachte door de wederrechtelijke vrijheidsberoving zich in staat heeft gesteld die ontuchtige handeling te plegen. 'Het kussen in de nek van de vrouw is onder deze omstandigheden al ontuchtig te noemen', aldus Machielse.

Machielse neemt in zijn conclusie de fysieke gedragingen dus tot uitgangspunt, waarbij de overige omstandigheden – waaronder de interactie zonder lichamelijke aanraking – de ontuchtigheid van die fysieke gedragingen meebrengen. Daardoor kunnen uiteindelijk ook die niet-fysieke gedragingen als onderdeel van de ontucht worden gezien.

De benadering van de Hoge Raad is anders. In zijn beslissing beperkt de Hoge Raad zich tot het kader van de handelingen zonder lichamelijk contact, waarbij het interactiecriterium wederom leidend wordt gemaakt:

> '2.4. Vooropgesteld moet worden dat van het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen als bedoeld in art. 246 Sr ook sprake kan zijn ingeval geen lichamelijke aanraking tussen de dader en het slachtoffer heeft plaatsgevonden. Of in een zodanig geval de gedraging of gedragingen van de dader - al dan niet in hun onderlinge samenhang bezien - het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen opleveren, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij komt in het bijzonder betekenis toe aan het antwoord op de vraag of en zo ja, in hoeverre tussen de dader en het slachtoffer enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie heeft plaatsgevonden (vgl. wat betreft de art. 247 en 249 Sr HR 30 november 2004, LJN AQ0950, NJ 2005/184 [Masturberen I; KL]).
> 2.5. Gelet op hetgeen hiervoor onder 2.4 is vooropgesteld, alsmede in aanmerking genomen hetgeen de bewijsmiddelen inhouden omtrent de interactie tussen de verdachte en het slachtoffer, geeft het oordeel van het Hof dat te dezen sprake is van het dwingen tot het dulden van ontuchtige handelingen in de zin van art. 246 Sr, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd.'

In deze overwegingen zit een zekere spanning. De casus wordt benaderd als geval waarin 'geen lichamelijke aanraking tussen de dader en het slachtoffer heeft plaatsgevonden', waarna het interactiecriterium wordt aangehaald binnen de af te wegen omstandigheden van het geval. Vervolgens neemt de Hoge Raad aan dat voldoende interactie heeft plaatsgevonden, daarbij wijzend op de interactie zoals die uit de bewijsmiddelen blijkt. Daarin waren echter eveneens fysieke handelingen opgenomen die behoorden tot hetzelfde feitencomplex en dat moet de Hoge Raad ook duidelijk zijn geweest.

De insteek van de Hoge Raad laat zich wellicht verklaren door de aard van het cassatiemiddel, dat klaagde over een gebrek aan een lichamelijke interactie. Evenwel wordt het interactiecriterium hier toegepast op een feitencomplex van fysieke en niet-fysieke handelingen (in tegenstelling tot het eerste masturberen-arrest uit 2004, waarin de fysieke daden geen onderdeel waren van het beoordeelde feitencomplex).

De Hoge Raad beoordeelde dergelijke gemengde gevallen eerder zonder interactiecriterium en stelde daarbij de fysieke gedraging voorop. In dit verband kan worden gewezen op een zaak waarin een vader al dan niet per onge-

luk de borst van zijn dochter had aangeraakt, en daarna tegen haar zei: 'lekkere tietjes'. In die zaak stelde de Hoge Raad dat 'ook al zou de aanraking van [slachtoffers] borst aanvankelijk per ongeluk zijn geweest, deze gelet op de context en in het bijzonder door het uiten van de begeleidende woorden in ieder geval tijdens die aanraking een ontuchtig karakter heeft gekregen'.[104] Terugkijkend had die zaak in beginsel dus ook mede kunnen worden beoordeeld op grond van het interactiecriterium, waarbij de uitroep 'lekkere tietjes' tot uitgangspunt zou zijn genomen (een handeling zonder lichamelijk contact) en tot de conclusie zou zijn gekomen dat de interactie (waaronder het aanraken van de borsten) van voldoende gewicht is om aan te nemen dat sprake is van het dwingen tot het dulden van ontuchtige handelingen.[105] En andersom had de onderhavige zaak (de ontucht tijdens de vrijheidsberoving) ook kunnen worden benaderd op grond van de fysieke handelingen in combinatie met de overige omstandigheden van het geval, zoals Machielse dat deed.

Alles bij elkaar genomen lijkt het interactiecriterium uit *Masturberen I* – dat daar zuiver was bedoeld om het 'plegen *met*' te beoordelen – hier te worden vermengd met de beoordeling van de ontuchtigheid bij een combinatie van fysieke en niet-fysieke handelingen, waarvan al eerder duidelijk was dat ook niet-fysieke gedragingen de ontuchtigheid kunnen kleuren.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat in dit arrest het interactiecriterium wordt geïntroduceerd in het kader van art. 246 Sr (aanranding), terwijl dat eerder werd gebruikt in het kader van art. 247 en art. 249 Sr (in *Masturberen I*). Kennelijk heeft 'dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen' (art. 246 Sr) evenals 'plegen met' (art. 247 en art. 249 Sr) volgens de Hoge Raad een noodzakelijk interactief karakter.

Dit laatste wordt bevestigd in de serie arresten van de Hoge Raad over het zogenoemd heimelijk filmen. Tussen 2012 en 2014 is een vijftal arresten verschenen waarbij de verdachte telkens in hoger beroep terecht had gestaan voor het plegen van aanranding (art. 246 Sr) door middel van het heimelijk filmen van naakte personen. In tegenstelling tot de zaak over de fotocamera in de behandelkamer (2009), speelt het interactiecriterium in al deze arresten een centrale rol.[106]

---

104 HR 13 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4825.

105 Die benadering had misschien zelfs wel meer voor de hand gelegen, omdat van de uitroep 'lekkere tietjes' kon vaststaan dat die opzettelijk was gedaan, terwijl de Hoge Raad in zijn denkkader de aanraking kennelijk als mogelijk niet-opzettelijke handeling beschouwt.

106 Het gaat om HR 14 februari 2012, *NJ* 2012/504, m.nt. Keulen (Heimelijk filmen I), HR 8 mei 2012, *NJ* 2012/505, m.nt. Keulen (Heimelijk filmen II), HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5528 (Heimelijk filmen III), HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9286 (Heimelijk filmen IV) en HR 24 juni 2014, *NJ* 2014/342 (Heimelijk filmen V). Overigens speelt begin 2012 in cassatie nog een andersoortige zaak waarin ontucht zonder lichamelijk contact door het hof was aangenomen. Het betreft HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU2024, waarbij door het hof bewezen was verklaard dat de verdachte '(...) ontucht heeft gepleegd met de aan zijn zorg toevertrouwde minderjarige [slachtoffer 2] (...) immers heeft hij een situatie doen ontstaan en laten voortduren, waarin [slachtoffer 2] ertoe werd bewogen, zich geheel uit te kleden en vervolgens bij hem, verdachte (die eveneens ontkleed was) in bed te gaan liggen en vervolgens een situatie doen ontstaan en laten voortduren, waarin [slachtoffer 2] haar benen had gespreid en hij uitgebreid de ontblote geslachtsdelen van [slachtoffer 2] van zeer

Heimelijk filmen (I).[107] In februari 2012 overweegt de Hoge Raad dat het heimelijk filmen van iemand niet reeds op zichzelf een ontuchtige handeling is in de zin van art. 246 Sr, ook niet wanneer de betreffende persoon naakt is, en zelfs niet wanneer de film of afbeelding is vervaardigd 'om deze later te (laten) gebruiken ter bevrediging van lustgevoelens'. Gezien dit uitgangspunt en gezien het feit 'dat het Hof niets heeft vastgesteld omtrent enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie tussen de verdachte en de aangeefster', stelt de Hoge Raad dat het hof niet tot de conclusie had mogen komen dat de aangeefster ontuchtige handelingen heeft moeten dulden.

Of de Hoge Raad in dit arrest een ander beoordelingskader hanteert dan in *Fotocamera in de behandelkamer* is niet aan te geven, vanwege het ontbreken van een uitdrukkelijk beoordelingskader in dat arrest uit 2009. Anders dan in 2009, wijst de Hoge Raad nu in ieder geval op het bestaan van art. 139f Sr, dat heimelijk filmen als zodanig strafbaar stelt, waarmee wordt aangegeven dat dergelijk gedrag niet straffeloos hoeft te zijn.

Heimelijk filmen (II).[108] Enkele maanden later dient een soortgelijke zaak bij de Hoge Raad, met dit verschil dat de verdachte hier door het hof was vrijgesproken van aanranding, omdat de handelingen in de ogen van het hof niet konden worden aangemerkt 'als handelingen van seksuele aard en dientengevolge ook niet opleveren het verrichten van ontuchtige handelingen'. Het middel van het OM keert zich tegen dit oordeel, maar de Hoge Raad ziet daarin geen gebreken:

> 'Weliswaar kan van belang zijn of er enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie tussen de verdachte en die persoon heeft plaatsgevonden, omdat in uitzonderlijke gevallen ook zonder lichamelijke aanraking sprake kan zijn van het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen (vgl. HR 22 maart 2011, LJN BP1379, NJ 2011/146 [Masturberen II; KL]), maar ook zonder lichamelijke aanraking moet het dan wel gaan om een handeling waarvan het plegen of dulden als ontuchtig is aan te merken.
> Gelet hierop geeft het oordeel van het Hof niet blijk van een onjuiste uitleg van art. 246 Sr en is zijn oordeel toereikend gemotiveerd.'

Op een aantal punten trekken deze overwegingen de aandacht. Ten eerste worden situaties waarin van ontucht zonder lichamelijke aanraking kan worden gesproken, door de Hoge Raad omschreven als 'uitzonderlijke gevallen'. Ten tweede valt op dat de Hoge Raad het arrest *Masturberen II* uit 2011 aanhaalt, terwijl dat, zoals wij daar zagen, juist geen uitzonderlijk geval van han-

---

dichtbij heeft bekeken en aangewezen'. Het cassatiemiddel is echter niet toegespitst op de afwezigheid van lichamelijk contact, maar op de stelling dat de handelingen een ontuchtig karakter ontberen doordat zij moeten worden geplaatst in de context van de vrijere moraal van de naturist (zoals de verdachte zich beschouwde). A-G Aben besteedt in zijn conclusie dan ook weinig aandacht aan het ontbreken van lichamelijk contact en de Hoge Raad doet de zaak af met art. 81 RO.

107 HR 14 februari 2012, *NJ* 2012/504, m.nt. Keulen.

108 HR 8 mei 2012, *NJ* 2012/505, m.nt. Keulen.

delingen zonder aanraking betrof, maar een geval met een gemengd feitencomplex dat slechts in de beoordeling was benaderd vanuit het interactiecriterium. Ten derde blijkt uit de redeneerstructuur van de Hoge Raad dat de beoordeling van de interactie en de beoordeling van de ontuchtigheid worden gescheiden. Kort weergegeven is de structuur van de overwegingen: weliswaar kan de interactie van belang zijn, omdat in uitzonderlijke gevallen ontucht kan bestaan zonder aanraking, 'maar ook zonder lichamelijke aanraking moet het dan wel gaan om een handeling waarvan het plegen of dulden als ontuchtig is aan te merken'. Zou de interactie hier volgens de Hoge Raad van belang zijn geweest voor de ontuchtigheid, dan zou het vreemd zijn die interactie al aan het begin van de redenering weg te zetten ('weliswaar'). Kennelijk dient het interactiecriterium in dit kader ertoe het 'plegen of dulden' in de zin van art. 246 Sr te beoordelen.

Heimelijk filmen (III)[109] *en (IV)*[110]*.* In de volgende twee arresten gaat het om een betwiste veroordeling wegens aanranding door heimelijk filmen. In beide arresten casseert de Hoge Raad met gebruikmaking van een combinatie van zijn overwegingen uit *Heimelijk filmen I* en *Heimelijk filmen II*. In *Heimelijk filmen IV* wordt daar nog iets aan toegevoegd. De Hoge Raad stelt dat de omstandigheid dat het gefilmde slachtoffer, nadat zij ontdekte dat zij door de verdachte werd gefilmd, daartegen heeft geprotesteerd en dat filmen deed beëindigen, niet als de benodigde 'relevantie interactie' kan worden aangemerkt. Onduidelijk is hoe dit laatste moet worden geplaatst, gezien wat eerder is besproken bij *Heimelijk filmen II* (het interactiecriterium lijkt niet de ontuchtigheid zelf te betreffen, maar zich te beperken tot het beoordelen van 'plegen of dulden'). Niet goed valt in te zien waarom het ontdekken van het filmen, het daartegen protesteren en het filmen doen beëindigen onvoldoende zou zijn voor het 'plegen of te dulden', ervan uitgaande dat het kaliber van wat gepleegd of geduld moet worden niet groot hoeft te zijn. In dit beperkte kader wordt immers nog niet de koppeling gemaakt met de '*ontuchtige* handelingen'. In het verlengde daarvan is daarentegen wel voorstelbaar dat dit korte interactie-moment een te gering ontuchtig karakter draagt voor het aannemen 'ontuchtige handelingen'. Maar zoals gezegd lijken in *Heimelijk filmen II* het interactiecriterium en de beoordeling van de ontuchtigheid in deze context juist van elkaar te zijn gescheiden.

Heimelijk filmen (V).[111] Het laatste arrest over dit thema heeft betrekking op een verdachte die het vrouwelijke slachtoffer zeer dicht was genaderd, haar onder haar rok filmde en daarbij haar been had aangeraakt. De Hoge Raad laat ook hier de veroordeling ter zake van aanranding niet in stand en overweegt daarbij het volgende (de nieuwe elementen die dit arrest brengt, zijn door ons gecursiveerd):

---

109 HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5528.
110 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9286.
111 HR 24 juni 2014, *NJ* 2014/342.

> '2.4 *Het Hof heeft geoordeeld dat de verdachte, door onverhoeds en heimelijk zijn hand met daarin een fotocamera tussen de benen en onder de rok van [betrokkene] te houden en (vervolgens) meerdere foto's te maken, [betrokkene] heeft gedwongen tot het dulden van ontuchtige handelingen. Een dergelijke gedraging is op zichzelf evenwel niet een ontuchtige handeling in de zin van art. 246 Sr.* Dat is niet anders indien de afbeelding is vervaardigd om deze later te (laten) gebruiken ter bevrediging van lustgevoelens.
> Weliswaar kan van belang zijn of er enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie tussen de verdachte en die persoon heeft plaatsgevonden, omdat in uitzonderlijke gevallen ook zonder lichamelijke aanraking sprake kan zijn van het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, maar ook zonder lichamelijke aanraking moet het dan wel gaan om een handeling waarvan het plegen of dulden als ontuchtig is aan te merken. (Vgl. HR 8 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5000, NJ 2012/505 [Heimelijk filmen II, KL]).
>
> 2.5. Gelet hierop en mede in aanmerking genomen dat het Hof omtrent enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie tussen de verdachte en de aangeefster *slechts heeft vastgesteld dat de verdachte bij het fotograferen onder de rok van [betrokkene] deze [betrokkene] aan een van haar benen heeft geraakt*, geeft 's Hofs oordeel dat de aangeefster ontuchtige handelingen heeft moeten dulden, blijk van een te ruime en dus onjuiste uitleg van dat in de tenlastelegging en bewezenverklaring voorkomende, aan art. 246 Sr ontleende begrip. *Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking dat het Hof niet heeft vastgesteld dat de wijze waarop de verdachte deze [betrokkene] aan een van haar benen heeft geraakt op zichzelf reeds moet worden aangemerkt als het dwingen tot het dulden van ontuchtige handelingen*.
>
> 2.6. Het middel is terecht voorgesteld.'

Zoals blijkt is het brengen van de handen, met een camera, tussen de benen en onder de rok van de vrouw, en daarbij foto's maken en het been aanraken, op zichzelf onvoldoende voor aanranding. Daarbij levert het aanraken van het been onder de rok, ook onder deze omstandigheden, onvoldoende relevante interactie op. Het laatste gecursiveerde gedeelte formuleert de Hoge Raad als verduidelijking van dit oordeel: de aanraking had kennelijk op zichzelf reeds moeten kunnen worden aangemerkt als het dwingen tot het dulden van ontuchtige handelingen. Dit doet wederom de vraag rijzen in hoeverre het interactiecriterium ook de beoordeling van de ontuchtigheid raakt. In ieder geval lijkt het laatst gecursiveerde gedeelte te impliceren dat het heimelijk filmen als zodanig nooit kan bijdragen aan het oordeel dat sprake is van het moeten dulden van ontuchtige handelingen; er moeten kennelijk andere omstandigheden aangewezen kunnen worden die dat oordeel zelfstandig kunnen dragen.

Nadere duiding van de arresten

De algemene strekking van de voorgaande arresten laat de flexibele insteek van de Hoge Raad duidelijk zien. Volledig passief blijven in een door de ander geïnitieerd fysiek seksueel contact kan toch 'ontucht plegen met' in de zin van art. 247 en 249 Sr opleveren indien op grond van de belangen van die ander had moeten worden ingegrepen. Ondanks de systematische en tekstuele bezwaren zoals aangedragen door Machielse, heeft de Hoge Raad in deze context

gekozen voor een ruime teleologische uitleg. 'Dulden' kan hier een 'plegen' opleveren. Voorts heeft de Hoge Raad overwogen dat handelingen zonder lichamelijk contact onder bepaalde omstandigheden kunnen worden aangemerkt als 'ontucht plegen met'. Ook daaruit blijkt een flexibele interpretatie van het begrip 'plegen met'.

Stellige conclusies die verder reiken dan de zojuist beschreven algemene strekking van de arresten, zijn moeilijk te trekken. Zoals zal worden besproken, kunnen wel bepaalde verbanden worden gesignaleerd en kan daarbij tevens een beeld worden verkregen van de resterende vragen.

Wat het interactiecriterium betreft, komt in de jurisprudentie naar voren dat de Hoge Raad dit criterium op twee manieren hanteert.

Ten eerste wordt het gebruikt om te toetsen of sprake kan zijn van 'ontucht plegen met' of van 'dwingen te plegen of te dulden' in situaties waarbij geen lichamelijke aanraking tussen dader en slachtoffer heeft plaatsgevonden. Dergelijke situaties typeert de Hoge Raad als 'uitzonderlijke gevallen'. Voorts blijkt uit het criterium in deze context dat 'ontucht plegen met' en 'dwingen te plegen of te dulden' in de ogen van de Hoge Raad interactieve gedragingen zijn. De benodigde interactie moet door de feitenrechter voldoende worden vastgesteld. Wat daarbij voldoende is, laten de arresten niet goed zien.[112] Met betrekking tot 'ontucht plegen met' is er geen arrest waarin voldoende interactie werd aangenomen bij een feitencomplex van handelingen zonder lichamelijk contact tussen dader en slachtoffer. In de arresten *In de mond wateren*, *Doen betasten van de vagina*, *Laten betasten I*, *Fotocamera in de behandelkamer* en *Masturberen II* is weliswaar het 'ontucht plegen met' door de Hoge Raad niet geproblematiseerd, maar in alle gevallen betrof het een gemengd feitencomplex van fysiek en niet-fysiek contact dat door de Hoge Raad niet uitdrukkelijk is uitgesplitst. Voor 'ontucht plegen met' zonder lichamelijk contact tussen dader en slachtoffer is alleen in *Masturberen I* een concrete aanwijzing gegeven. Uit dit arrest blijkt dat enkel een ander confronteren met eenzijdige seksuele handelingen zonder daarbij iets van die ander te verlangen, onvoldoende is voor 'ontucht plegen met' die ander. Hieruit kan weliswaar niet volgen dat sprake is van 'ontucht plegen met' zodra ook maar iets van de ander wordt verlangd, maar wel wordt geïmpliceerd dat het plegen van seksuele handelingen met zichzelf en daarbij 'iets verlangen van' de ander, onder omstandigheden de benodigde interactie kan brengen. Dat is een concrete aanwijzing. Belangrijke vervolgvragen worden daardoor evenwel niet beantwoord. Zo is onzeker of datgene wat verlangd wordt van de ander ook op zichzelf een seksuele handeling dient te zijn of dat bijvoorbeeld voldoende is dat van de ander wordt verlangd dat deze naar de seksuele handelingen van de dader kijkt. Voorts is het de vraag of nodig is dat de dader ten minste seksuele handelingen met zichzelf verricht (zoals het geval was in *Masturberen I*), of dat ook van 'ontucht plegen met' kan worden gesproken wanneer de dader zelf geen seksuele handelingen verricht maar van de ander verlangt dat deze

112 Vgl. Schalken in zijn noot onder HR 4 september 2012, *NJ* 2012/573.

seksuele handelingen met zichzelf pleegt. Dit laatste is onderdeel van de casus uit het arrest *Doen openhouden van de vagina* (onder meer verlangde de dader hier dat de jeugdige haar vagina en billen openhield). Uit dat arrest zelf kan moeilijk een antwoord worden gevonden op de onderhavige vraag, omdat het daarin zoals gezegd ging om een gemengd feitencomplex van fysieke en niet-fysieke handelingen tussen dader en slachtoffer. Op deze plaats wordt in herinnering geroepen dat het antwoord op al deze vraagstukken bepaalt wanneer alleen sprake is van de minder zware zedendelicten zoals schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) en een jeugdige met ontuchtig oogmerk ertoe brengen getuige te zijn van seksuele handelingen (art. 248d Sr) en wanneer sprake is van 'ontucht plegen met' een minderjarige, bijvoorbeeld via een webcam.[113] Ook kan in dit verband worden gewezen op het bevorderen van ontucht in de zin van art. 248a Sr. Hieronder en in de volgende paragrafen komen deze thema's opnieuw ter sprake, waarbij ook wordt ingegaan op de feitenrechtspraak.

Ten tweede wordt het interactiecriterium door de Hoge Raad gebruikt bij een gemengd feitencomplex van fysiek en niet-fysiek handelen. Aangenomen moet worden dat het criterium hier met een ander doel wordt gehanteerd, namelijk ter beoordeling van de ontuchtigheid van het geheel. In deze context is de interactie niet meer dan een onderdeel van de omstandigheden van het geval die de ontuchtigheid kunnen bepalen. Vooral bij fysieke handelingen die geen evident ontuchtig karakter hebben, zullen de overige omstandigheden, waaronder de interactie, van belang zijn. Verwarrend is dat de Hoge Raad niet goed laat blijken wanneer hij het interactiecriterium voor het ene doel (ter beoordeling van 'plegen met' of 'plegen of dulden') dan wel voor het andere doel (ter beoordeling van de ontuchtigheid) hanteert. In *Masturberen II* wordt het criterium geïntroduceerd op grond van het eerste doel, maar de facto gehanteerd voor het tweede. Daarnaast blijft het doel van het interactiecriterium in de Heimelijk filmen-arresten enigszins in nevelen gehuld. Wellicht kan dit worden toegeschreven aan het feit dat de crux van de heimelijk filmen-zaken primair lijkt te zijn gelegen in iets anders dan in de mate van interactie. Van 'dwingen' lijkt alleen sprake te kunnen zijn wanneer het slachtoffer iets bewust onvrijwillig ondergaat.[114] Zolang dat actieve bewustzijn er niet is, kunnen de omstandigheden niet bijdragen aan de vervulling van de genoemde bestanddelen. Dat is een kwestie die eigenlijk aan vragen over interactie en ontuchtigheid voorafgaat, maar in de arresten niet tot uiting komt.[115]

Hoewel sprake lijkt te zijn van één interactiecriterium voor situaties waarin geen lichamelijk contact is geweest tussen dader en slachtoffer (het eerste doel), kan men zich voorts afvragen of wel bedoeld is dat het criterium in de

113 De termen 'zware' en 'minder zware' zedendelicten worden gebruikt in verband met de strafmaxima. Vanzelfsprekend kunnen ook 'minder zware' zedendelicten zware gevolgen hebben voor het slachtoffer en vice versa.

114 Zie hierover paragraaf 2.7.3.4.

115 Vgl. B.F. Keulen in zijn gecombineerde noot onder HR 14 februari 2012, *NJ* 2012/504 (Heimelijk filmen I) en HR 8 mei 2012, *NJ* 2012/505 (Heimelijk filmen II).

verschillende contexten dezelfde inhoud heeft. Zo lijkt ‘dwingen ontuchtige handelingen te plegen of te dulden’ begripsmatig een andere verbondenheid tussen dader en slachtoffer uit te drukken dan ‘ontucht plegen met’. In ‘ontucht plegen met’ oogt die verbondenheid strenger. Gedacht kan worden aan het geval dat iemand door ontvangst van een ernstige dreigbrief wordt gedwongen zware binnendringende handelingen te plegen met zichzelf in afwezigheid van de bedreiger. Hier wordt iets van het slachtoffer verlangd, maar van interactie tussen dader en slachtoffer kan nauwelijks worden gesproken. Het zou opmerkelijk zijn hier vanwege het gebrek aan interactie geen ‘dwingen ontuchtige handelingen te plegen’ in de zin van art. 246 Sr aan te nemen; dat het slachtoffer ontuchtige handelingen moet plegen tijdens een interactie met of in bijzijn van de dwinger, wordt door de bestanddelen niet geïmpliceerd. Een strikte invulling van het interactie-vereiste bij ‘dwingen te plegen of te dulden’ ligt zo bezien niet voor de hand, als al gezegd kan worden dat interactie tussen dader en slachtoffer voor ‘dwingen te plegen of te dulden’ altijd een vereiste is.

Dat ‘ontucht plegen met’ (art. 247 en 249 Sr) een andere woordelijke strekking heeft in dit verband, wordt duidelijk wanneer het gegeven voorbeeld in deze nieuwe context wordt bekeken. Ietwat aangepast zou het dan kunnen gaan om iemand die een jeugdige beweegt op een later tijdstip en in afwezigheid van de ‘beweger’, zware binnendringende handelingen bij zichzelf te plegen. Anders dan ‘dwingen te plegen of te dulden’ lijkt het begrip ‘ontucht plegen met’ in ieder geval enige directe betrokkenheid van de dader bij de handelingen zelf te eisen, ook wanneer er vooraf enige interactie is geweest en vooraf iets is verlangd. Hoe de Hoge Raad dergelijke gevallen benadert, blijkt niet uit de rechtspraak. Natuurlijk zou ondanks de beperkte woordelijke strekking voor een ruimere interpretatie kunnen worden gekozen vanuit de beschermingsgedachte; voorkomen zou moeten worden dat een dergelijk geval straffeloos blijft. In dit kader moet dan worden gelet op het verschil tussen enerzijds art. 247 Sr en art. 249 Sr (‘ontucht plegen met’) en anderzijds art. 248a Sr (onder meer: een jeugdige door bepaalde middelen bewegen ‘ontuchtige handelingen te plegen’). Bij art. 248a Sr gaat het niet om de dader die ‘pleegt *met*’, maar om het slachtoffer die door een van de opgesomde uitlokkingsmiddelen is bewogen ontuchtige handelingen te ‘plegen’ (zie ook hierna, paragraaf 2.3.5.6). Wat het ‘plegen’ betreft is art. 248a Sr dus ruimer. Het kent niettemin een lager strafmaximum (vier jaren ten opzichte van zes jaren in art. 247 en 249 Sr) en eist bovendien, anders dan art. 247 en 249 Sr, dat bepaalde middelen zijn gebezigd. Het gegeven voorbeeld wordt daarom alleen door art. 248a Sr gedekt indien een van de wettelijk uitlokkingsmiddelen is gebruikt (giften, beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding). Gesteld dat het voorbeeld niet direct te brengen is onder een van de uitlokkingsmiddelen in art. 248a en toch aanleiding bestaat het geval onder een van de bepalingen te brengen, dan kan dat alleen door een ruime interpretatie van de uitlokkingsmiddelen in art. 248a Sr of door een ruime interpretatie van ‘ontucht plegen met’ in art. 247 en 249 Sr. Dit laatste is bij een strikte hantering van

een interactiecriterium in ieder geval moeilijk realiseerbaar. Ook hierdoor rijst dus de vraag wat de status is van het interactiecriterium in de verschillende contexten.

Ten slotte kan worden gewezen op weer een ander soort 'ontucht plegen met', namelijk de ontucht met geestelijk en lichamelijk onmachtigen (eveneens opgenomen in art. 247 Sr). Interactie tussen de dader en een onmachtige is in bepaalde gevallen niet goed denkbaar, bijvoorbeeld bij een slapend persoon. Indien het interactiecriterium ook hier bepalend is, dan is uitgesloten dat ontucht met een slapende kan worden gepleegd zonder lichamelijk contact. Indien in dit geval echter niet het interactiecriterium leidend is, maar ook ruimte is voor een 'bijna-contact'-normering (vergelijk de conclusie van A-G Remmelink voor het arrest *In de mond wateren*), dan is 'ontucht plegen met' niet uitgesloten. Hierbij kan worden gedacht aan een man die zichzelf zeer dichtbij een slapende jonge vrouw bevredigt, waarbij de man haar als lustobject gebruikt.[116] In de sleutel van het interactiecriterium is dit geen 'ontucht plegen met', maar in de sleutel van het 'bijna-contact' wel. Hoewel de Hoge Raad het interactiecriterium in het arrest *Masturberen I* heeft geïntroduceerd in verband met het woord 'met' in de uitdrukking 'ontucht plegen met', is dus onzeker hoe dat in de context van onmachtigen moet worden opgevat.

2.3.5.4 Afwezigheid van lichamelijk contact: wetsgeschiedenis

Zojuist is onder meer de jurisprudentie van de Hoge Raad besproken over mogelijke ontuchtsituaties waarin geen sprake is van lichamelijk contact tussen de dader en het slachtoffer. Daarbij kwam naar voren dat de Hoge Raad voor dergelijke situaties een interactiecriterium hanteert. Duidelijk werd evenwel ook dat uit die jurisprudentie weinig blijkt over de concrete invulling van dit interactiecriterium, anders dan de aanwijzing dat daarbij van belang kan zijn in hoeverre de dader iets van het slachtoffer heeft verlangd. In het nu volgende wordt gekeken naar relevante elementen uit de wetsgeschiedenis en aansluitend wordt in paragraaf 2.3.5.5 besproken hoe de feitenrechter omgaat met dergelijke situaties zonder lichamelijk contact.

Het vraagstuk van ontucht zonder lichamelijk contact krijgt bijzondere aandacht in het wetgevingstraject dat uitmondt in de partiële wijziging van de zedelijkheidswetgeving in 2002. Het wordt reeds in de memorie van toelichting centraal gesteld:

> 'In Nederland gaat het bij de strafbaarstelling van zedendelicten meestal om het plegen van ontucht of seksuele handelingen door de dader(s) met een slachtoffer. Het gaat vrijwel steeds om lijfelijk contact tussen dader en slachtoffer. Uitzonderingen zijn de artikelen 240b en 246 Sr. Lijfelijk contact is geen vereiste voor kinderporno. Artikel 246 stelt de dwang tot het plegen van ontuchtige handelingen zonder meer strafbaar. Daaronder valt dus ook het dwingen van een persoon om ontuchtige handelingen met zichzelf te verrichten.

[116] Vgl. de casus in Rb. Groningen 25 februari 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BC5044. Zie over dit vonnis ook noot 145 in dit hoofdstuk.

> Het verleiden van een kind tot het plegen van seksuele handelingen met zichzelf of het exploiteren van een seksshow waarin kinderen optreden, is niet als zodanig strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht.
>
> Dit uitgangspunt verdient naar het oordeel van de regering heroverweging. Er is ook sprake van strafwaardig misbruik van kinderen wanneer zij – zonder dwang – worden bewogen tot het plegen van seksuele handelingen zonder lijfelijke betrokkenheid van een ander. De schade die het kind daarvan ondervindt, behoeft niet minder ernstig te zijn. De scheidslijnen tussen seks zonder lijfelijk contact met een ander en seks met dergelijk contact zijn niet zodanig dat daarin een rechtvaardiging kan worden gevonden om het ene gedrag niet en het andere gedrag wél strafbaar te stellen.
>
> Het optreden van een kind in een erotisch-pornografische (peep)show is onaanvaardbaar. Daarom ziet Nederland geen beletselen om partij te worden bij het (…) ILO-verdrag inzake het verbod en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid. In dit verdrag wordt onder meer voorgesteld om strafbaar te stellen «the use, procuring or offering of a child for pornographic performances». Deze gedragingen zijn, als gezegd, naar Nederlands recht geen zedenmisdrijf, indien van het optreden geen kinderporno wordt gemaakt. Daarom wordt in dit voorstel wetgeving voorgesteld waarin (de exploitatie van) seksueel misbruik waarbij uitsluitend het kind seksuele handelingen pleegt, strafbaar wordt gesteld. Naar het oordeel van de regering dient ook de toeschouwer van dit misbruik strafbaar te zijn.
>
> Het voorstel om uitbuiting van kinderen uit te breiden tot andere vormen van seksuele dienstverlening roept de vraag op of deze uitbreiding moet worden beperkt tot kinderen. In artikel 250a Sr. wordt strafbaar gesteld de uitbuiting van prostituees. Het gedwongen optreden van volwassenen in erotisch-pornografische voorstellingen valt buiten het bereik van deze bepaling. Niettemin worden personen ook voor deze doeleinden verhandeld en uitgebuit. Daarom wordt voorgesteld om commerciële seksuele uitbuiting van volwassenen uit te breiden tot vormen van seksuele dienstverlening waarbij de klant niet rechtstreeks betrokken is bij de seksuele handelingen.'[117]

De wetgever lijkt hier limitatief aan te geven dat ontucht zonder 'lijfelijk contact' alleen wordt gedekt door art. 240b en 246 Sr.[118] Met nieuwe wetgeving dienen bepaalde strafwaardige handelingen zonder lijfelijk contact binnen het bereik van de strafwet te worden gebracht. In het wetsvoorstel vindt dit uitdrukking in een voorgenomen wijziging van art. 250a Sr (een voorloper van het huidige art. 273f Sr) en van art. 248a Sr (uitlokken van ontucht). In art. 250a Sr wordt de zinsnede 'seksuele handelingen *met* een derde tegen betaling' verruimd tot 'seksuele handelingen *met of voor* een derde tegen betaling'. Daardoor worden ook andere vormen van seksuele dienstverlening dan prostitutie in enge zin (met lijfelijk contact) geraakt. In art. 248a Sr worden in de zinsnede 'beweegt ontuchtige handelingen *met hem* te plegen of zodanige handelingen *van hem* te dulden' de woorden 'met hem' geschrapt.[119] De memorie van toelichting stelt over de verwijdering van het onderdeel 'met hem' in art. 248a Sr:

> 'In het algemeen gedeelte van deze memorie zijn de overwegingen genoemd die ten grondslag liggen aan het voorstel om naast de strafbaarstelling van exploitatie van prostitutie door minderjarigen (artikel 250a) en het plegen van seksuele handelingen

---

117 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 7.

118 Gelijke bewoordingen als die in memorie van toelichting werden al gebruikt in de Nota 'Bestrijding van seksueel misbruik van en seksueel geweld tegen kinderen', *Kamerstukken II* 1998/99, 26 690, nr. 2, p. 30.

119 Het laten staan van de woorden 'van hem' wordt besproken in paragraaf 2.3.5.6.

> met een minderjarige prostituee (artikelen 247, 248a en 248b) ook degene strafbaar te stellen die in financieel opzicht profiteert van – de exploitant – dan wel gebruik maakt van – de klant – de seksuele diensten van een minderjarige zonder rechtstreekse lijfelijke betrokkenheid van de klant bij de seksuele handelingen van die minderjarige.
>
> Voorgesteld wordt om de klant strafbaar te stellen in artikel 248a. Daartoe worden in het eerste lid de woorden «met hem» geschrapt. Daarmee wordt ook strafbaar het door middel van giften e.d. opzettelijk bewegen van iemand tot het plegen van ontuchtige handelingen zonder meer.'[120]

Deze passage bevestigt de indruk dat in de ogen van de wetgever in het kader van de zedendelicten alleen van 'plegen met' sprake kon zijn bij 'lijfelijk contact', hier uitgedrukt als 'rechtstreekse lijfelijke betrokkenheid'. Voor het strafbaar stellen van het bewegen van de minderjarige tot het plegen van ontuchtige handelingen 'zonder meer' (dus ook zonder rechtstreekse lijfelijke betrokkenheid) wordt de verwijdering van de woorden 'met hem' nodig geacht. Niet blijkt dat de wetgever hier slechts iets buiten twijfel wil stellen.[121]

Hiermee in verband staat een opmerking van de minister tijdens ditzelfde wetgevingstraject, over de verhouding tussen art. 248c Sr (ingevoerd bij de onderhavige wetswijziging) en art. 248a Sr:

> 'De leden van de fractie van D66 vroegen zich voorts af of artikel 248c Sr. juist is geformuleerd.
>
> Het voorgestelde artikel 248c ziet op strafbaarstelling van de klant die opzettelijk aanwezig is bij een kinderpornografische show. Dat veronderstelt de niet toevallige aanwezigheid van de klant op de plaats waar de minderjarige optreedt.
>
> De bepaling ziet niet op de klant die via technische hulpmiddelen – bij voorbeeld via Internet – kinderpornografisch optreden elders bevordert en op een andere plek gadeslaat dan de plaats waar de minderjarige optreedt. Ik ben met deze leden van mening dat dit gedrag strafwaardig is en strafbaar behoort te zijn. Vooralsnog ben ik van oordeel dat strafrechtelijk optreden in deze gevallen mogelijk is op basis van de artikelen 240b of 248a Sr.'[122]

De minister lijkt hier het op afstand bevorderen van een kinderpornografisch optreden elders, als mogelijke overtreding van art. 248a Sr te beschouwen. Wanneer de minister daarbij zou doelen op het op dat moment geldende art. 248a Sr (met de beperkingen 'met hem' en 'voor hem'), dan komen de eerder weergegeven passages uit de memorie van toelichting in de lucht te hangen. Daarom is aannemelijk dat de minister hier doelt op art. 248a Sr zoals dat na de beoogde wijziging zou komen te luiden en dat de opmerking dus betrekking heeft op het bevorderen van het plegen van ontuchtige handelingen 'zon-

120 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 11. Cursiveringen toegevoegd.

121 In deze richting wijst ook de manier waarop door de minister later op deze wijzigingen wordt teruggeblikt. In 2007, bij de beantwoording van Kamervragen over grooming op het internet, beschrijft de minister de gevolgen van de onderhavige wijzigingen als volgt: 'Bij de partiële wijziging van de zedelijkheidswetgeving, die op 1 oktober 2002 in werking is getreden, is artikel 248a Sr zodanig gewijzigd dat thans ook strafbaar is het verleiden van een minderjarige tot seksuele handelingen met zichzelf. De fysieke betrokkenheid van een ander is daarmee niet langer vereist.' Zie *Handelingen II* 2006/07, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1091, (beantwoording van vragen van de Kamerleden Gerkens en Bouchibti door de minister van Justitie over «grooming» op het internet), p. 2316.

122 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 21.

der meer'. Tegen deze achtergrond blijkt uit het fragment dat de minister daarbij uitdrukkelijk heeft gedacht aan contact op afstand, zoals webcamcontact.

Deze visie wordt later bevestigd tijdens de goedkeuring en daaropvolgende implementatie van het Verdrag van Lanzarote, in de periode 2008-2009.[123] Implementatie van dat verdrag heeft onder meer geleid tot de strafbaarstelling van grooming (art. 248e Sr). Voor dat delict is niet alleen nodig dat digitaal contact is gelegd met een jeugdige, maar ook dat een voorstel is gedaan om elkaar te ontmoeten en ter verwezenlijking daarvan een concrete handeling is verricht. Bij het traject ter goedkeuring van het Verdrag van Lanzarote vraagt het CDA zich af of het langs digitale weg aanzetten van een kind tot het plegen van ontuchtige handelingen ook onder de strafbaarstelling van grooming zal vallen. Volgens de CDA-fractie zijn er voldoende voorbeelden dat door deze internetcontacten kinderen worden aangezet tot het plegen van ontuchtige handelingen voor de webcam.[124] In zijn antwoord geeft de minister aan dat voor grooming meer nodig zal zijn (een voorstel doen voor een ontmoeting, gevolgd door een handeling die zich richt op het verwezenlijken van die ontmoeting). 'Graag wijs ik evenwel op artikel art. 248a Sr', aldus de minister, die vervolgens aangeeft dat deze strafbaarstelling degene treft die zich bedient van de daarin genoemde middelen en daarmee de jeugdige aanzet 'tot het aannemen van seksueel getinte houdingen of het plegen van seksuele handelingen met zichzelf of met een derde en dit voor de verdachte te zien is op een webcam'.[125] Bij de implementatie van het Verdrag van Lanzarote is met betrekking tot de door het CDA beschreven gevallen door de minister opnieuw (alleen) gewezen op art. 248a Sr.[126]

Terugkijkend op de weergegeven fragmenten kan tot de conclusie worden gekomen dat deze blijk geven van een restrictieve uitleg van 'ontucht plegen met' (daarvan is alleen sprake bij lijfelijk contact) en van een ruime uitleg van 'iemand bewegen ontuchtige handelingen te plegen' (zoals opgenomen in art. 248a Sr; daarvan kan niet alleen sprake zijn bij gevallen zonder lijfelijk contact in elkaars aanwezigheid, maar ook bij gevallen op afstand, bijvoorbeeld webcamcontacten). De beperkte uitleg van 'ontucht plegen met' blijkt niet alleen uit de overwegingen over 'lijfelijk contact' en 'rechtstreekse lijfelijke betrok-

---

123 Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (*Trb.* 2008, 58).

124 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 4, p. 6.

125 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 5, p. 8.

126 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 6. Voorts kan worden opgemerkt dat het standpunt van de wetgever bevestiging vindt in de redactie van art. 248e Sr (grooming), dat tijdens de onderhavige wetgevingsoperatie werd ingevoerd. Indien interactie en het verrichten van handelingen van seksuele aard in de ogen van de wetgever al voldoende zouden zijn voor 'ontuchtige handelingen plegen met', dan was niet nodig geweest het oogmerk in art. 248e Sr tweeledig te formuleren ('met het oogmerk ontuchtige handelingen met die persoon te plegen of een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij die persoon is betrokken, te vervaardigen'). Het oogmerk de bedoelde afbeeldingen te vervaardigen, zou dan geacht kunnen worden besloten te liggen in het oogmerk ontuchtige handelingen te plegen.

kenheid', maar volgt ook uit het feit dat het via de webcam bewegen tot het plegen van ontuchtige handelingen telkens aan art. 248a Sr is verbonden en niet tevens aan, bijvoorbeeld, art. 247 Sr.

Bevestiging van deze lezing van de wetsgeschiedenis kan worden gevonden in de wijze waarop door de minister Kamervragen zijn beantwoord over de aanpak van seksuele uitbuiting van minderjarigen op het internet. De beantwoording vond plaats kort voor de totstandkoming en implementatie van het Verdrag van Lanzarote. De minister overwoog:

> 'Artikel 248b Sr stelt strafbaar degene die ontucht pleegt met een minderjarige van zestien of zeventien jaar die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen tegen betaling. In de artikelen 244, 245 en 247 Sr is het plegen van ontucht met minderjarigen beneden de leeftijd van 16 jaar strafbaar gesteld. Daaronder valt ook het plegen van ontucht met een prostituee die jonger is dan 16 jaar. Daarbij dient sprake te zijn van daadwerkelijk seksueel contact. Bij webcamseks is dit niet het geval.'[127]

Aldus lijkt de algemene conclusie gerechtvaardigd dat de wetgever 'ontucht plegen *met'* ziet als gedraging die bestaat uit lichamelijk contact met de ander.

Gegeven deze conclusie, zijn de wetsgeschiedenis en de eerder behandelde rechtspraak van de Hoge Raad moeilijk met elkaar te verenigen. De wetgever veronderstelt klaarblijkelijk dat lijfelijk contact nodig is voor 'ontucht plegen met', een veronderstelling die in het interactiecriterium van de Hoge Raad juist wordt weersproken. Dat criterium is geïntroduceerd vanwege de aanname dat ontucht zonder lichamelijke aanraking tot de mogelijkheden behoort. Het interactiecriterium sluit tot op heden zelfs niet uit dat van 'ontucht plegen met' sprake kan zijn bij contact op afstand, zoals contact via een webcam. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is geen duidelijk verband gelegd met de besproken wetsgeschiedenis, zodat ook daaruit niet blijkt hoe een en ander zich tot elkaar verhoudt.

2.3.5.5 Afwezigheid van lichamelijk contact: feitenrechtspraak

Wat ontucht zonder lichamelijk contact betreft, is nog niet besproken hoe de feitenrechter omgaat met dergelijke gevallen.

Om te beginnen kan worden gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Arnhem uit 2004.[128] Uit dit vonnis blijkt goed hoe bij deze complexe materie de selectie van bronnen de uitkomst sterk kan beïnvloeden. In het volgende citaat zet de rechtbank uiteen hoe zij aankijkt tegen de vraag of sprake kan zijn van 'ontucht plegen met' (art. 247 S) via webcamcontact:

---

127 *Handelingen II* 2006/07, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1089 (vragen van het lid Gerkens (SP) aan de minister van Justitie over de aanpak van seksuele uitbuiting van minderjarigen op het internet), p. 2312.

128 Rb. Arnhem 6 oktober 2004, *NJ* 2004/648. Dit is de uitspraak waaraan door Mevis werd gerefereerd in het eerder weergegeven fragment (zie p. 52) uit zijn annotatie onder HR 30 november 2004, *NJ* 2005/184 (Masturberen I).

> 'De tenlastelegging ziet op het per 1 oktober 2002 gewijzigde artikel 247 van het Wetboek van strafrecht[129], waarin strafbaar is gesteld het buiten echt plegen van ontuchtige handelingen met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren. In de feitelijke omschrijving wordt verdachte tenlastegelegd dat hij één of meer seksueel geladen en/of prikkelende chatgesprekken heeft gevoerd met een jonge jongen, waardoor deze jongen werd opgewonden en zich vervolgens op verzoek van verdachte heeft uitgekleed en voor de webcamera zich naakt en opgewonden heeft getoond en zich vervolgens heeft afgetrokken.
>
> Het gaat dus hoofdzakelijk om eenzijdige ontuchtige handelingen door die jongen. Weliswaar heeft verdachte (volgens de tenlastelegging) de handelingen gestimuleerd, maar verdachte heeft zich daarbij niet bekend gemaakt. In die gesprekken, waarbij hij zelf onzichtbaar bleef, deed verdachte zich voor als een mooie jonge vrouw.
>
> De vraag is of dit voldoende is om bewezen te kunnen verklaren dat hier sprake is van ontuchtige handelingen plegen 'met' die jongen. Weliswaar heeft de Hoge Raad onder vigeur van de oude wettekst uitgemaakt dat daarvoor geen contact in de zin van lichamelijke aanraking is vereist (HR 31 oktober 1972, NJ 1973, 39 [In de mond wateren; KL] en HR 20 januari 1998, NJ 1998, 336 [Doen openhouden van de vagina; KL]) maar dit neemt niet weg dat het element 'met iemand' toch nog steeds impliceert dat het moet gaan om een wederkerige handeling of een handeling van de dader op het slachtoffer (zie ook Noyon-Langemeijer-Remmelink, Het Wetboek van Strafrecht, art 247, aant. 1). Dat dit de zienswijze van de wetgever is, volgt uit de Wet van 13 juli 2002, Stb 388, in werking getreden op 1 oktober 2002 (partiële wijziging van de zedelijkheidswetgeving) waarin deze de bestanddelen 'met iemand' in artikel 247 van het Wetboek van Strafrecht (oud) heeft gehandhaafd terwijl hij in artikel 248a van het Wetboek van Strafrecht (oud) de woorden 'met hem' heeft geschrapt.
>
> In de wetsgeschiedenis van voornoemde wet, Kamerstukken 2001-2002, 27745, nr. 6, Tweede Kamer, p. 20, stelt de minister van justitie, naar aanleiding van vragen over de reikwijdte van artikel 248c van het Wetboek van Strafrecht, dat die bepaling "niet ziet op de klant die via technische hulpmiddelen – bij voorbeeld via Internet – kinderpornografisch optreden elders bevordert en op een andere plek gadeslaat dan de plaats waar de minderjarige optreedt." De minister vervolgt: "Ik ben (...) van mening dat dit gedrag strafwaardig is en strafbaar behoort te zijn. Vooralsnog ben ik van oordeel dat strafrechtelijk optreden in deze gevallen mogelijk is op basis van de artikelen 240b of 248a Sr." De minister noemt hier dus niet het thans tenlastegelegde artikel 247 van het Wetboek van Strafrecht.
>
> Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is de rechtbank van oordeel dat verdachte geen ontuchtige handelingen heeft gepleegd met het slachtoffer en acht zij derhalve het onder 4 primair tenlastegelegde niet bewezen.'

De rechtbank baseert haar oordeel op een deel van de hiervoor besproken wetsgeschiedenis en leidt hieruit af dat 'ontucht plegen met' niet op afstand kan worden gepleegd. Daarbij speelt voor de rechtbank ook een rol dat de wetgever de redactie van art. 247 Sr in dit kader intact heeft gelaten.[130]

---

129 De wijziging in art. 247 Sr betrof alleen de afschaffing van het ook aan deze bepaling verbonden klachtrecht. Zie hierover paragraaf 2.4.2.2.

130 Bovendien wees de rechtbank op de opmerking in Noyon-Langemeijer-Remmelink, dat het bij 'ontucht plegen met' moet gaan om een wederkerige handeling of een handeling van de dader op het slachtoffer. Deze opmerking stond inderdaad lange tijd in Noyon-Langemeijer-Remmelink (vgl. o.m. Noyon 1954, aant. 1 op art. 247 Sr), ook nog ten tijde van het vonnis. De opmerking is na 2004 genuanceerd, in zoverre dat nu wordt gezegd dat de genoemde vereisten door de tekst worden geïmpliceerd, maar dat op grond van het arrest *Masturberen I* (HR 30 november 2004, *NJ* 2005/184, m.nt. Mevis; zie hierover p. 65 e.v) moet worden aangenomen dat 'ontucht plegen met' zonder lichamelijk contact niet is uitgesloten (Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1 bij art. 247 Sr; bewerkt door A.J. Machielse, bijgewerkt tot 16 juli 2012).

In latere feitenrechtspraak is de beperkte opvatting van de Rechtbank Arnhem niet terug te vinden. In die latere rechtspraak wordt ook niet de wetsgeschiedenis betrokken, maar alleen de jurisprudentie van de Hoge Raad. Naar deze jurisprudentie wordt soms uitdrukkelijk verwezen, maar ook zonder verwijzing plaatst de feitenrechter de zaak doorgaans in de sleutel van de interactie en de vraag of de verdachte iets van het slachtoffer heeft verlangd. Bijzonder is dat het oordeel een enkele keer ook wordt gegrond op de oudere arresten *In de mond laten wateren* (1972) en *Doen openhouden van de vagina* (1998).

Voor art. 247 en 249 Sr ('ontucht plegen met') is onder meer voldoende gebleken: het kind zijn penis laten vastpakken en daarvan de voorhuid naar achteren laten schuiven[131]; het laten poseren voor foto's[132]; het laten nemen van foto's[133]; zich aftrekken in bijzijn van kinderen die zijn meegelokt en gevraagd te blijven[134]; zich in aanwezigheid van een kind aftrekken en de billen laten zien, en bovendien dat kind het geslachtsdeel en billen laten tonen en daarvan foto's maken[135]; het eigen geslachtsdeel laten zien en daarbij verlangen dat het kind ook zijn geslachtsdeel laat zien[136]. Aftrekken in het bijzijn van het kind is ook wel eens onvoldoende gebleken[137], ook in het geval dat de dader de opa was van het kind en dit plaatsvond op zolder[138].

Wat 'ontucht plegen met' via de webcam betreft, kan worden opgemerkt dat dit soms tot vrijspraak heeft geleid[139], maar evengoed de nodige veroordelingen heeft opgeleverd[140]. Bij de veroordelingen kan het rechterlijk standpunt worden waargenomen dat het vereiste van interactie reeds is vervuld zodra

131 Rb. Roermond 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BH0990.

132 Rb. Almelo 4 juni 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM7070; Rb. Overijssel 5 juni 2014 ECLI:NL:RBOVE:2014:3041.

133 Rb. 's-Gravenhage 12 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL7854.

134 Rb. Zutphen 2 december 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6651.

135 Rb. Groningen 19 september 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BT2060.

136 Rb. Overijssel 7 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:575.

137 Rb. 's-Gravenhage 2 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK5955.

138 Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7818. De rechtbank achtte ook art. 248a Sr niet bewezen (niet blijkt waarom), maar kwam wel tot een veroordeling ter zake van art. 248d Sr (met ontuchtig oogmerk het kind getuige laten zijn van seksuele handelingen).

139 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3968 (art. 247 Sr). Hoewel deze vrijspraak niet werd gemotiveerd, blijkt uit het arrest dat de in de tenlastelegging aan art. 247 Sr opgehangen feiten wel bewezen werden geacht; deze feiten (via de webcam het ontblote geslachtsdeel laten zien en aftrekken, en seksueel geladen chatgesprekken voeren) waren namelijk ook de kern van het subsidiair ten laste gelegde art. 248d Sr, ter zake waarvan verdachte werd veroordeeld. Dat doet vermoeden dat de vrijspraak verband hield met de in de tenlastelegging besloten liggende relatie tussen de weergegeven feiten en het kwalificatieve gedeelte 'ontuchtige handelingen plegen met'.

140 Zie o.m. Rb. Roermond 22 april 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BQ3544; Rb. 's-Gravenhage 16 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX5652; Rb. Noord-Nederland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3199 (Cuijkse zedenzaak); Hof Den Haag 3 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2920; Rb. Rotterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8074 (feit 3); Rb. Amsterdam 12 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:673; Rb. Oost-Brabant 20 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:892.

iets van het kind is verlangd.[141] Naast deze webcam-gevallen is 'ontucht plegen met' aangenomen op grond van het gezamenlijk masturberen tijdens telefooncontact[142]; het herhaaldelijk digitaal doorsturen van eigen naaktfoto's[143] en op grond van het langs digitale weg aansporen van de jeugdige om eigen naaktfoto's te sturen.[144] Voorts valt op dat de Rechtbank Groningen 'ontucht plegen met' een slapende vrouw mogelijk heeft geacht zonder lichamelijk contact (art. 247 Sr).[145]

In het kader van andere bepalingen is noemenswaardig dat voor de toepassing van art. 248a Sr ('bewegen ontuchtige handelingen te plegen') de gevallen op afstand, zoals webcam-[146], telefoon-[147] of msn-contact[148], niet als problematisch worden gezien. In tegenstelling tot de eerder genoemde feitenrechtspraak is deze rechtspraak zonder meer in overeenstemming met de besproken wetsgeschiedenis. Uit de feitenrechtspraak blijkt ten slotte dat aanranding via de webcam (art. 246 Sr; 'dwingen ontuchtige handelingen te plegen of te dulden') zonder omhaal van woorden mogelijk wordt geacht.[149] Die ruime uitleg past eveneens bij de eerder behandelde wetsgeschiedenis.

---

141 Vgl. Rb. Amsterdam 12 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:673.

142 Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR5780.

143 Rb. Midden-Nederland 16 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1466. De rechtbank overwoog daarbij het volgende: 'De raadsvrouw heeft aangevoerd dat het sturen van een naaktfoto niet kan worden gekwalificeerd als ontucht. De rechtbank is van oordeel dat het herhaaldelijk sturen van naaktfoto's, waaronder foto's waarop verdachte te zien is met een stijve penis, aan het slachtoffer dat op het moment van het ontvangen van die foto's nog geen 16 jaar oud is, valt onder het bereik van artikel 249 Wetboek van Strafrecht en ontucht oplevert. De wetgever heeft met ontucht bedoeld, 'alle handelingen van seksuele aard die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm'. In casu is het (tijdens een seksueel getint gesprek) sturen van naaktfoto's van en door een 55-jarige docent met daarop onder meer zijn stijve penis naar een vijftien- dan wel zestienjarige leerlinge, naar het oordeel van de rechtbank in strijd met de sociaal-ethische norm die leeft in onze maatschappij.' Vgl. voorts Rb. Overijssel 25 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6219, met een soortgelijke redenering.

144 Rb. Overijssel 25 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6219.

145 Rb. Groningen 25 februari 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BC5044. Hoewel de verdediging erop wees dat geen sprake was van interactie, nam de rechtbank hier toch 'ontucht plegen met' aan. De rechtbank stelde voorop dat het moet gaan om handelingen van seksuele aard die in strijd zijn met de heersende sociaal-ethische norm en gaf voorts aan dat de afwezigheid van fysiek contact tussen de verdachte en het slachtoffer geen beletsel vormt voor een bewezenverklaring. Ten slotte overwoog de rechtbank: 'Verdachte heeft verklaard dat hij opgewonden raakte van de enkele aanblik van de voeten van het slachtoffer en dat hij zich in de nabijheid van het slachtoffer heeft afgetrokken. Hij heeft hiermee het slachtoffer, dat in zijn directe nabijheid was, als onvrijwillig lustobject gebruikt om zich te bevredigen. De rechtbank acht hiermee de ontucht door verdachte met het slachtoffer bewezen.'

146 Vgl. o.m.: Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI2591; Hof Arnhem 24 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ3736; Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL9356; Hof Arnhem 23 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL9510; Rb. Haarlem 29 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0020; Rb. Alkmaar 15 december 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BU8310; Hof 's-Hertogenbosch 25 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8169; Hof Den Haag 30 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3706.

147 Rb. Zwolle-Lelystad 3 juli 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD7187.

148 Rb. Utrecht 1 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9393.

149 Zie o.m. Hof 's-Hertogenbosch 27 februari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ9818; Hof Leeuwarden 25 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL5611; Hof 's-Hertogenbosch 21 decem-

Zoals gezegd wijzen de jurisprudentie van de Hoge Raad en de wetsgeschiedenis niet in dezelfde richting waar het gaat om beantwoording van de vraag of 'ontucht plegen met' mogelijk is zonder lichamelijk contact. Wat de feitenrechter betreft, lijkt deze in de regel aan te knopen bij de ruimere maatstaven van de Hoge Raad (interactie en de mate waarin iets is verlangd). Hij gaat ook uit eigen beweging flexibel om met de strekking van de wettekst. Nog los van de afstand tussen deze feitenrechtspraak en de besproken wetsgeschiedenis, blijft tevens onzekerheid bestaan over de vraag of de feitenrechtspraak strookt met het materieelrechtelijk kader van de Hoge Raad. Dat kader is immers tot nu toe alleen gefragmenteerd tot uiting gekomen.

2.3.5.6 Is een dulden door het slachtoffer ook een plegen door het slachtoffer?

Met betrekking tot de wetssystematiek aangaande het 'plegen', 'plegen met' en 'dulden', bestaat naast de afwezigheid van lichamelijk contact en naast het enkele dulden door de dader, nog een andere kwestie. Die betreft het enkele dulden door het slachtoffer.

In het voorgaande is hoofdzakelijk de ontucht besproken in het kader van art. 242, 243, 244, 245, 246, 247 en 249 Sr. Indien het slachtoffer ontuchtige fysieke handelingen van de dader moet dulden, valt dat bij die bepalingen ofwel direct onder bestanddelen als 'ondergaan' of 'dulden', ofwel onder het begrip 'ontucht plegen met'. Daarentegen zijn er andere bepalingen waarbij de strafbaarheid van het genoemde dulden vanwege de redactie van de strafbaarstelling in belangrijke mate afhangt van de vraag in hoeverre dat 'dulden' door het slachtoffer kan worden aangemerkt als 'plegen' door dat slachtoffer. Zie daarvoor de volgende selectie uit de eerder besproken tabel:

---

ber 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7144; Rb. Rotterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8074. Ten slotte is in een enkele uitspraak terug te vinden dat webcamseks waarbij het slachtoffer bij zichzelf binnendringende handelingen verricht, ook als 'seksueel binnendringen' in de zin van de wet wordt gezien; zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 29 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0020 (i.c. als overtreding van art. 245 Sr). Gelet op de strekking van het Pollepel-arrest van de Hoge Raad (zoals besproken in paragraaf 2.3.5.2) kan de houdbaarheid van een dergelijk oordeel zonder meer worden betwijfeld.

artikel in Titel XIV	*uitdrukking van de ontucht*
art. 248a Sr	iemand bewegen ontuchtige handelingen *te plegen* of zodanige handelingen *van hem te dulden*
art. 248c Sr	aanwezig zijn bij het *plegen* van ontuchtige handelingen *door* iemand
art. 248f Sr	het *plegen* van ontucht *door* iemand *met* een derde teweegbrengen of bevorderen
art. 250 Sr	het *plegen* van ontucht *door* iemand *met* een derde teweegbrengen of bevorderen

Tabel 6. Uitdrukking van de ontucht in art. 248a, 248c, 248f en 250 Sr

Zo rijst de vraag hoe het geval moet worden gewaardeerd dat iemand een jeugdige ertoe beweegt passief te blijven tijdens seksuele betastingen door een derde, en dus de jeugdige ertoe beweegt deze handelingen van de derde te dulden. Is hier sprake van *ontucht plegen met* die derde *door* de jeugdige in de zin van art. 248f en 250 Sr? Het enkele dulden wordt tekstueel niet door die strafbaarstellingen bestreken (vergelijk de opmerkingen van A-G Machielse over art. 247 Sr in zijn conclusie voor het arrest *Laten betasten II*[150]). Daarnaast is het criterium uit het arrest *Laten betasten II* waarmee moet worden onderzocht of een dulden toch een 'plegen' kan opleveren, hier weinig geschikt. Er kan niet worden gesproken van een nalaten door de jeugdige waar een ingrijpen door de jeugdige was geboden. De wetsgeschiedenis van art. 248f en 250 Sr biedt te weinig aanknopingspunten om hierbij een specifieke bedoeling van de wetgever aan te wijzen. Enerzijds zou met een beroep op het beschermingsbeginsel een ruime strekking kunnen worden bepleit. Anderzijds kan de wettekst zelf, bezien tegen de achtergrond van andere delictsomschrijvingen, tot een beperktere opvatting leiden. Zo overweegt Kool met betrekking tot art. 248f Sr:

> 'Uit het gebruik van het woord 'plegen' in samenhang met de term 'door' mag worden afgeleid dat het dulden van door een derde gepleegde seksuele handelingen met de minderjarige niet onder de werking van de bepaling valt.' [151]

Het beschreven geval (dat een jeugdige passief blijft tijdens seksuele betastingen door een derde, en deze jeugdige dus enkel de handelingen duldt) levert

150 Zie hiervoor, p. 63.

151 T&C-Sr 2014, aant. 8 bij art. 248f Sr. Met de invoering van art. 248f Sr werd uitvoering gegeven art. 3 lid 6 van Richtlijn 2011/93/EU, op grond waarvan 'een kind middels dwang, geweld of bedreigingen aanzetten tot seksuele handelingen met een derde' met bepaalde minimale strafmaxima strafbaar moest worden gesteld (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 18; transponeringstabel). Uit de richtlijn kan echter niet zonder meer volgen dat onder de genoemde gedraging ook het enkele ondergaan van seksuele handelingen met een derde moet worden verstaan, waardoor voor de opvatting van Kool ruimte lijkt te bestaan.

ook bij art. 248a Sr een vraagpunt op. In art. 248a Sr dient het te gaan om een jeugdige die door iemand wordt bewogen 'ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden'.[152] Op basis van het in deze bepaling gemaakte onderscheid tussen plegen (algemeen) en dulden ('van hem') is kennelijk wel strafbaar: (i) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen te plegen met hem, (ii) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen te plegen met zichzelf, (iii) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen te plegen met een derde, en (iv) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen van hem te dulden. Ogenschijnlijk gaat het echter niet om (v) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen van een derde te dulden, zoals in de opgeworpen casus het geval is. In de wetsgeschiedenis is dit punt niet expliciet besproken, maar een indicatie kan daarin wel worden gevonden. Zoals al eerder aan de orde is geweest, zijn in 2002 uit de oude redactie 'bewegen ontuchtige handelingen *met hem* te plegen of zodanige handelingen *van hem* te dulden' (onze cursivering) de woorden 'met hem' verwijderd en de woorden 'van hem' blijven staan. Gemakshalve wordt de toelichting op de verwijdering van 'met hem' nogmaals weergegeven:

> 'In het algemeen gedeelte van deze memorie zijn de overwegingen genoemd die ten grondslag liggen aan het voorstel om naast de strafbaarstelling van exploitatie van prostitutie door minderjarigen (artikel 250a) en het plegen van seksuele handelingen met een minderjarige prostituee (artikelen 247, 248a en 248b) ook degene strafbaar te stellen die in financieel opzicht profiteert van – de exploitant – dan wel gebruik maakt van – de klant – de seksuele diensten van een minderjarige zonder rechtstreekse lijfelijke betrokkenheid van de klant bij de seksuele handelingen van die minderjarige.
> Voorgesteld wordt om de klant strafbaar te stellen in artikel 248a. Daartoe worden in het eerste lid de woorden «met hem» geschrapt. Daarmee wordt ook strafbaar het door middel van giften e.d. opzettelijk bewegen van iemand tot het plegen van ontuchtige handelingen zonder meer.'[153]

Hoewel het er niet met zo veel woorden staat, zou uit deze toelichting kunnen worden afgeleid dat de wijziging er mede toe strekte het geval te raken dat een klant een minderjarige beweegt lijfelijke seksuele handelingen van een derde te dulden, en daarmee wellicht ook in het algemeen het geval dat iemand de jeugdige ertoe beweegt seksuele handelingen van een derde te dulden (de opgeworpen casus). Waarom de wetgever de woorden 'met hem' heeft geschrapt, maar tegelijkertijd de woorden 'van hem' heeft laten staan, wordt nergens duidelijk. Op basis van de wetsgeschiedenis kan in ieder geval een handvat worden gevonden voor de stelling dat 'ontuchtige handelingen plegen' door het slachtoffer, hier mede kan inhouden: ontuchtige handelingen dulden. Dat wordt niettemin sterk gecamoufleerd door de wettekst, die duidelijk onderscheid maakt tussen een algemeen 'plegen' en een zeer beperkt 'dulden' (alleen het dulden van handelingen van degene die de jeugdige beweegt). Dat brengt met zich mee dat de verhouding tussen de wettekst en de wetsgeschiedenis anders kan worden afgewogen. Zo is Machielse van mening dat de

[152] Een deel van art. 248a Sr is zojuist behandeld in het kader van de ontucht zonder lichamelijk contact.
[153] *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 11.

wettekst ook met inachtneming van de wetsgeschiedenis aldus moet worden geduid dat een ander ertoe bewegen ontuchtige handelingen van een derde te dulden, niet onder het bereik van art. 248a Sr valt.[154]

Met betrekking tot de gevallen waarin de jeugdige passief blijft en dus alleen seksuele handelingen duldt, kan ten slotte worden gewezen op art. 248c Sr. Daarin is strafbaar gesteld het opzettelijk aanwezig zijn bij het *plegen* van ontuchtige handelingen *door* iemand jonger dan achttien jaar. Voor de vraag of het enkele passief blijven hier een 'plegen' oplevert, biedt de eerder behandelde jurisprudentie geen concreet criterium. Wel kunnen wederom in de wetsgeschiedenis aanwijzingen worden gevonden voor een ruime uitleg. Volgens de memorie van toelichting gaat het in art. 248c Sr om 'degene die opzettelijk aanwezig is bij een seksshow waarin iemand optreedt die kennelijk minderjarig is'.[155] Blijkens deze overweging beoogt de wetgever bescherming te bieden aan minderjarigen tegen het 'optreden in' een seksshow. Veel eenvoudiger dan bij 'plegen met', zou bij 'optreden in' kunnen worden verdedigd dat daarvan ook sprake is bij het enkel dulden of ondergaan van ontuchtige handelingen. Voorts heeft de wetgever later, bij de implementatie van Richtlijn 2011/93/EU, art. 248c Sr aangewezen als (bestaande) strafbaarstelling die uitvoering geeft aan bepaalde verplichtingen uit die richtlijn. Het betreft hier verplichtingen met betrekking tot het bijwonen van pornografische voorstellingen waarbij kinderen zijn betrokken. De genoemde richtlijn definieert een pornografische voorstelling onder meer als 'het live vertonen, bedoeld voor een publiek, (...) van een kind dat deelneemt aan echte of gesimuleerde expliciete seksuele gedragingen'.[156] Ook op grond van deze ontwikkelingen kan dus een ruime interpretatie goed worden verdedigd. Maar net als bij art. 248a, 248f en 250 Sr bestaan in deze context ook andere opvattingen. Machielse leidt bijvoorbeeld uit de wetgeschiedenis van art. 248c Sr af dat deze bepaling is beperkt tot handelingen die de minderjarige aan zichzelf verricht.[157] Hoewel hij de grondslag voor die opvatting niet expliciteert, lijkt deze te liggen in de omstandigheid dat in de wetsgeschiedenis vaak werd gespro-

---

154 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 7 bij art. 248a Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

155 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 11.

156 Zie Richtlijn 2011/93/EU art. 2 onder e jo. art. 4 lid 4. Voor de aanwijzing dat art. 248c Sr tot uitvoering van de genoemde verplichtingen strekt, zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 18 (transponeringstabel). De ruime interpretatie van de pornografische voorstellingen waar het hier om gaat zou ook kunnen worden verdedigd op grond van internationale verplichtingen die eerder al voortvloeiden uit het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind (art. 34), uit het ILO-Verdrag betreffende het verbod op en onmiddellijk actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid (art. 3), uit Kaderbesluit 2004/68/JBZ ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie (art. 2) en uit het Verdrag van Lanzarote (art. 21), maar in deze instrumenten werd het begrip 'pornografische voorstelling' niet gedefinieerd en is de invulling soms uitdrukkelijk aan de partijen zelf overgelaten (vgl. het *Explanatory report* bij het Verdrag van Lanzarote, overweging 146-148).

157 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 248c Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

ken over 'peepshows'.[158] Op grond hiervan plaatst Machielse niet alleen het dulden van ontuchtige handelingen van een ander buiten de werkingssfeer van art. 248c Sr, maar ook het plegen van ontuchtige handelingen met een ander:

> 'Bezien tegen deze achtergrond [de ratio van de bepaling zoals die uit de wetsgeschiedenis naar voren komt; KL] rijst dan ook de vraag of de bescherming van de personen tot 18 jaar niet tekort wordt gedaan door de omstandigheid dat de toepassing van deze strafbepaling is beperkt tot ontuchtige handelingen die zo een persoon aan zichzelf verricht. Ik vermag niet in te zien waarom toeschouwers van zulke ontuchtige handelingen wel strafbaar zijn en toeschouwers van ontuchtige handelingen over en weer tussen twee of meer personen, van wie er minstens een nog geen 18 jaren oud is, niet.'[159]

Alles bij elkaar genomen blijkt dat de status van het 'enkele dulden' van ontuchtige handelingen die door een derde worden verricht, onzeker kan worden genoemd in relatie tot de delictsomschrijvingen van art. 248a, 248c, 248f en 250 Sr. De stelling dat dit 'enkele dulden' onder het bereik van de bepalingen valt, kan worden gegrond op algemene fragmenten uit de wetsgeschiedenis en op grond van het beschermingsbeginsel dat aan de bepalingen ten grondslag ligt. Dat neemt niet weg dat de betreffende delictsomschrijvingen en de verschillende onderscheidingen in de wet de besproken rechtsvraag blijven oproepen.[160] Deze omstandigheden kunnen leiden, en leiden bij sommige auteurs ook daadwerkelijk, tot het oordeel dat het 'enkele dulden' juist niet door de delictsomschrijvingen wordt gedekt.

2.3.6 Conclusie

In het voorgaande zijn verschillende facetten van het bestanddeel 'ontucht' belicht. Daarbij is stilgestaan bij de complexe inhoud van het ontuchtbegrip, waarbij is gebleken dat zelfs aan de hand van de wetsgeschiedenis en rechtspraak nog niet goed kan worden bepaald hoe dit begrip in bepaalde contexten moet worden uitgelegd. Daarbij moet in het bijzonder worden gedacht aan de context van seksuele handelingen tussen jongeren onderling.

Daarnaast is uitvoerig gekeken naar de context waarin het ontuchtbegrip functioneert. Soms staat het ontuchtbegrip alleen in verband met een gedraging van de verdachte (bijvoorbeeld 'hij die ontucht pleegt'), maar soms ook aan een gedraging van het slachtoffer (bijvoorbeeld 'hij die … iemand dwingt tot het plegen van ontuchtige handelingen'). De hierbij gehanteerde systematiek lijkt bepaalde implicaties te bevatten voor de reikwijdte van de betreffende bepalingen. Voorts is gebleken dat de wetgever soms wel een voorzetsel

---

158 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 5, p. 12; *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 21; *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 5, 9, 11, 19, 22, 23, 25, 26; *Handelingen II* 2001/02, 4 april 2002, 64, p. 4311; *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, 34, p. 1704.

159 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 248c Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

160 Vgl. reeds Noyon 1912, p. 28.

heeft geplaatst bij de ontuchtige gedraging (ontucht plegen *met*), en soms niet (hij die een persoon … beweegt ontuchtige handelingen te plegen). Ook in deze systematiek liggen implicaties besloten, met name voor de vraag in hoeverre ook zonder lichamelijk contact sprake kan zijn van het betreffende misdrijf. Hieronder, in paragraaf 2.4.4, zal deze analyse weer worden opgepakt. De vraag in hoeverre ook zonder lichamelijk contact sprake kan zijn van een zedenmisdrijf staat daar eveneens centraal, maar dan in het kader van de seksuele delicten tegen jeugdigen. Daarbij spelen ook delictsomschrijvingen een rol waarin het bestanddeel 'ontucht' niet voorkomt.

2.4 Seksuele delicten tegen jeugdigen

2.4.1 Inleiding

De seksuele delicten tegen jeugdigen staan verspreid over de zedentitel, maar kunnen samen worden beschouwd als de grootste categorie zedendelicten. De betreffende bepalingen zijn in de onderstaande tabel weergegeven.

Seksuele delicten tegen jeugdigen	
art. 240a Sr	vertonen etc. van schadelijke afbeeldingen <16jr[161]
art. 240b Sr	kinderpornografie
art. 244 Sr	seksueel binnendringen 12-minner
art. 245 Sr	ontuchtig binnendringen 12-16jr
art. 247 Sr	ontuchtige handelingen 16-minner en
	verleiding 16-minner tot ontucht met een derde
art. 248a Sr	verleiding, overwicht, misleiding <18jr
art. 248b Sr	jeugdprostitutie; 16-18jr
art. 248c Sr	aanwezigheid bij ontuchtige handelingen 18-minner
art. 248d Sr	corrumperen van 16-minner
art. 248e Sr	grooming 16-minner
art. 248f Sr	uitlokken van ontucht van 18-minner met een derde
art. 249 lid 1 Sr	ontucht met minderjarige afhankelijke
art. 250 Sr	koppelarij

Tabel 7 - Seksuele delicten tegen jeugdigen

In de hierna volgende besprekingen worden deze bepalingen niet allemaal afzonderlijk besproken, maar wordt de nadruk gelegd op bijzonderheden die deze bepalingen als groep betreffen. Wel brengt dit soms mee dat uitvoerig bij bepaalde delictsomschrijving wordt stilgestaan. Ook worden waar nodig bepalingen bij de bespreking betrokken die niet alleen jeugdigen beschermen, zoals art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid).

Allereerst wordt gekeken naar het systeem van de leeftijdsgrenzen in de zedentitel (2.4.2). Vervolgens worden de verschillende schuldverbanden onderzocht die in de verschillende delicten liggen besloten. Daarbij staat onder

161 Bij art. 240a Sr kan het strikt genomen ook gaan om schadelijke afbeeldingen die geen verband houden met seksualiteit. In de gepubliceerde rechtspraak gaat het echter altijd om pornografisch materiaal. Zie paragraaf 2.4.4.8.

meer de vraag centraal bij welke delictsomschrijvingen de leeftijd van de jeugdige aan het schuldverband is onttrokken (2.4.3). Hierna wordt teruggekomen op het complexe thema dat in paragraaf 2.3.5 is geanalyseerd: seksueel misbruik zonder lichamelijk contact. Daarbij wordt uitvoerig nader geïnventariseerd in hoeverre seksueel (getint) contact met jeugdigen zonder dat sprake is van lichamelijk contact, binnen de reikwijdte van de zedendelicten valt (2.4.4). Ten slotte wordt stilgestaan bij de uiteenlopende wijzen waarop het uitlokken van ontucht met een derde strafbaar is gesteld (2.4.5).

2.4.2 Leeftijdsgrenzen

2.4.2.1 Inleiding

In Titel XIV kunnen vijf leeftijdscategorieën worden onderscheiden: 0-12 jaar, 12-16 jaar, 0-16 jaar, 16-18 jaar en 0-18 jaar. De inhoud van deze categorieën is beknopt weergegeven in tabel 8.

De systematiek van de leeftijdsgrenzen in de zedenwetgeving is globaal genomen gelijk gebleven sinds 1886. Daarbij is het ijkpunt de leeftijd van de zogenoemde seksuele meerderjarigheid. Seksuele handelingen met personen beneden deze leeftijd zijn in de regel strafbaar. Spiegelbeeldig zijn seksuele handelingen met personen vanaf deze leeftijd in de regel niet strafbaar. Voor een lagere leeftijdsgrens dan die van de seksuele meerderjarigheid is aanleiding wanneer de verhoogde strafwaardigheid in verband met de jongere leeftijd, door een hoger strafmaximum moet worden uitgedrukt. Voor een hogere leeftijdsgrens is aanleiding wanneer bepaald gedrag een uitzondering rechtvaardigt op de hoofdregel dat seksuele handelingen met seksueel meerderjarigen straffeloos zijn. In deze paragraaf worden de belangrijkste ontwikkelingen in deze systematiek en de gevolgen daarvan besproken.

<table>
<tr><th>0-12 jr</th><th>12-16 jr</th><th>16-18 jr</th></tr>
<tr><td>art. 244 Sr
seksueel binnendringen bij
12-minner</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>art. 245 Sr
ontuchtig binnendringen bij
iemand tussen 12 en 16 jr</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 240a Sr
verstrekken van schadelijke afbeeldingen aan 16-minner</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 247 Sr
plegen van ontuchtige handelingen met een 16-minner</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 247 Sr
verleiden van een 16-minner tot ontucht met een derde</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 248d Sr
16-minner getuige laten zijn van ontuchtige handelingen</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 248e Sr
grooming</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>art. 248b Sr
jeugdprostitutie</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 240b Sr
kinderpornografie</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 248a Sr
uitlokken van ontucht met 18-minner</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 248c Sr
aanwezig zijn bij ontuchtige handelingen van een 18-minner</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 248f Sr
uitlokken van ontucht tussen 18-minner en een derde</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 249 lid 1 Sr
ontucht met een minderjarige met misbruik van gezag</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 250 Sr
koppelarij (uitlokken van ontucht tussen minderjarige en een derde)</td></tr>
</table>

Tabel 8 - Leeftijdscategorieën bij de seksuele delicten tegen jeugdigen

Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht is de zojuist omschreven systematiek niet als zodanig aan de orde geweest. Er werd bijvoorbeeld nog niet gesproken in termen van seksuele meerderjarigheid. De systematiek lag niettemin besloten in de destijds geformuleerde delictsomschrijvingen.

De kern werd daarbij gevormd door de bepalingen waarin het hebben van seksueel contact met personen beneden een bepaalde leeftijd in de regel strafbaar is. Dit waren in het oorspronkelijk regeringsontwerp twee bepalingen; een bepaling met betrekking tot geslachtsgemeenschap en een bepaling met betrekking tot ontuchtige handelingen. Het omslagpunt was daarbij

telkens nog gesteld op de leeftijd van veertien jaren.[162] De commissie van rapporteurs wilde dit graag verhoogd zien naar zestien jaren, omdat kinderen van veertien en vijftien jaar 'juist in de ontwikkelingsperiode' verkeren en 'nog niet zooveel doorzigt en zelfstandigheid' hebben dat zij de bescherming van de strafwet zouden kunnen missen. Bovendien zou de leeftijd van zestien jaar aansluiten bij andere leeftijdsgrenzen, zoals die met betrekking tot de verleiding tot het drinken van alcohol (art. 252 Sr).[163]

Zonder nadere motivering ging de minister hiermee akkoord.[164] Om hieraan gevolg te geven zag de minister zich echter genoodzaakt nieuwe onderscheidingen te maken. Ten aanzien van het hebben van geslachtsgemeenschap was in het oorspronkelijk regeringsontwerp nog gekozen voor dezelfde indeling als die in de bepaling betreffende de ontuchtige handelingen, het latere art. 247 Sr; in één bepaling was zowel het delict tegen onmachtigen als het delict tegen jeugdigen opgenomen. Geslachtsgemeenschap met onmachtigen en geslachtsgemeenschap met jeugdigen jonger dan veertien jaar droegen in het betreffende ontwerp een maximum van zeven jaren gevangenisstraf. Omdat de minister de gemeenschap met iemand beneden de twaalf jaar zeer ernstig achtte – bij nader inzien ernstiger dan geslachtsgemeenschap met een onmachtige en gelijk te stellen aan verkrachting – bracht hij dit feit onder in een nieuwe bepaling met een maximum van twaalf jaren gevangenisstraf (het uiteindelijke art. 244 Sr). De twee overgebleven feiten – geslachtsgemeenschap met onmachtigen en geslachtsgemeenschap met personen tussen de twaalf en zestien jaar – werden eveneens in afzonderlijke bepalingen opgenomen (het uiteindelijke art. 243 Sr respectievelijk art. 245 Sr).[165] Zo is de thematische splitsing ontstaan (art. 243, 244 en 245 Sr) die bij art. 247 Sr achterwege is gelaten, en is naast de algemene leeftijdsgrens van zestien jaar ook een gekwalificeerde leeftijdsgrens van twaalf jaren gecreëerd.

Voor aanvullende delicten met een hogere leeftijdsgrens dan zestien jaren zag men destijds twee aanleidingen: de bescherming tegen misbruik binnen de afhankelijkheidsrelaties waarin jeugdigen plegen te verkeren, en de bescherming tegen prostitutie-gerelateerde beïnvloeding. Deze uitgebreidere bescherming kreeg haar beslag in art. 249 Sr (misbruik van afhankelijkheidsrelaties) en art. 250 Sr (koppelarij), waarin de hogere leeftijdsgrens werd uitgedrukt door de term 'minderjarige'.[166] De meerderjarigheidsgrens was in die tijd nog geleden bij drieëntwintig jaar (sinds 1988 ligt deze bij achttien jaar; zie dadelijk).

---

162 Zie art. 263 en art. 265 van het oorspronkelijk ontwerp; Smidt II, p. 307-308 en 317.
163 Smidt II, p. 308-309.
164 Smidt II, p. 309.
165 Smidt II, p. 309.
166 Zie Smidt II, met name p. 312 en voorts p. 313-316 en 319-350.

2.4.2.2 Ontwikkelingen

De belangrijkste ontwikkelingen met betrekking tot de leeftijdsgrenzen sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht kunnen als volgt worden beschreven.

Om te beginnen moet worden vastgesteld dat in 2002 een fundamentele strafvorderlijke stap is gezet. Waar een aantal zedendelicten met jeugdigen vanaf twaalf jaar vóór die tijd alleen op klacht vervolgbaar was – voor een belangrijk deel terug te voeren op de gedachte dat de twee betrokkenen nog met elkaar zouden kunnen huwen – is in 2002 het klachtvereiste in Titel XIV integraal komen te vervallen. Daarvoor in de plaats is de zogenoemde hoorplicht opgenomen; de inspanningsplicht van het openbaar ministerie om de jeugdige te horen over het feit teneinde een meer afgewogen vervolgingsbeslissing te kunnen maken (art. 167a Sr).[167] Deze ontwikkeling heeft het materiële recht op bestanddeelniveau weliswaar niet geraakt, maar duidelijk is dat door het wegvallen van het klachtvereiste het beschermingsbeginsel meer op de voorgrond is getreden.

Voorts valt op dat zowel de gekwalificeerde leeftijdsgrens van twaalf jaar in art. 244 Sr als de algemene leeftijdsgrens van zestien jaar in art. 245 en 247 Sr tot op heden gelijk is gebleven. In het wetgevingstraject ter voorbereiding van de wijzigingen in 1991 is de algemene leeftijdsgrens wel ter discussie gesteld. Resultaten uit empirisch onderzoek deden de vraag rijzen of de algemene leeftijdsgrens niet iets zou moeten worden verlaagd; uit onderzoek zou blijken dat onder de jongere jeugd ook veel consensuele seksuele contacten plaatsvonden. De minister achtte de validiteit van de onderzoeksresultaten echter te onzeker om die fundamentele stap te zetten.[168] Later, bij de voorbereiding van de partiële herziening van de zedelijkheidswetgeving in 2002, is vanuit een deel van de Tweede Kamer geopperd om de algemene leeftijdsgrens juist te verhogen, in zoverre dat ook ontuchtige handelingen met zestien- en zeventienjarigen strafbaar zou worden als klachtdelict. De minister verzette zich daartegen, omdat het een systeembreuk zou betekenen waarvoor volgens hem geen aanleiding was:

> ‘Ik wijs dit voorstel af. Het voorstel komt er immers op neer dat het plegen van seksuele handelingen – zonder bijkomende omstandigheden als geweld e.d. dan wel een afhankelijkheidsrelatie – met een minderjarige van 16 of 17 jaar als ontucht strafbaar wordt, zij het alleen op klachte vervolgbaar. Ik ben van oordeel dat het uitgangspunt overeind moet blijven dat een persoon vanaf 16 jaar volledig vrij moet zijn om invulling te geven aan zijn of haar seksuele leven. Voor overheidsbemoeienis is alleen plaats als er sprake is van onaanvaardbaar gedrag, strafbaar gesteld in de artikelen 240b, 246, 248a, 248b en 249 Sr. Personen in deze leeftijd zijn in staat om zelf te bepalen of en met wie zij seks willen hebben. Als er sprake is van onvrijwillige seks, geeft de strafwetgeving voldoende bescherming. Als er sprake is van vrijwillige seks, is er geen plaats voor tussen-

[167] Vóór 2002 was al een begin gemaakt met het verminderen van het aantal klachtdelicten in Titel XIV. Zie over deze materie Kamerstukken 27 745 en voorts De Savornin Lohman e.a. 1998; Lünnemann e.a. 2006, p. 53-56, 159.

[168] *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 4. Zie hierover voorts Swildens-Rozendaal 1995, p. 117-118.

> komst van de overheid. Ik kan niet inzien waarom deze personen aanvullende strafrechtelijke rechtsbescherming zouden behoeven.'[169]

In deze passage weerklinkt de algemene systematiek zoals die in het begin van deze paragraaf is beschreven. Daarbij is de opmerking over jeugdigen die de leeftijd van zestien jaar hebben bereikt betrekkelijk stellig: zij moeten 'volledig vrij' zijn om invulling te geven aan hun seksuele leven en zijn in staat 'zelf te bepalen of en met wie zij seks willen hebben'. Volgens de minister is bij seksuele meerderjarigheid alleen plaats voor overheidsbemoeienis bij 'onaanvaardbaar gedrag' zoals strafbaar gesteld in de door de minister genoemde delicten. Hieruit blijkt het spanningsveld tussen bescherming van en vrijheid voor seksueel meerderjarige jeugdigen.[170] Om de overwegingen op dit punt van seksuele meerderjarigheid nader te duiden, moet worden gekeken naar de voornaamste wijzigingen die met betrekking tot de seksueel meerderjarigen hebben plaatsgevonden.

Zoals gezegd werden de uitzonderingen op de hoofdregel van seksuele meerderjarigheid in 1886 gerealiseerd door het opnemen van het bestanddeel 'minderjarige', waarmee de hogere leeftijdsgrens werd uitgedrukt. De inhoud van de categorie 'minderjarigen' is in 1905 en in 1988 wezenlijk veranderd door de wijziging van de meerderjarigheidsgrens. In 1905 is deze grens verlaagd van drieëntwintig jaar naar eenentwintig jaar[171] en in 1988 is de grens verder verlaagd naar achttien jaar.[172] Het betrof hier dus niet primair het gewijzigd inzicht van de strafwetgever, maar het algemeen gewijzigd inzicht van de wetgever met betrekking tot de handelingsbekwaamheid en zelfstandigheid van jeugdigen.[173] Niettemin werd het strafrechtelijk bestanddeel 'minderjarige' er direct door geraakt.[174] Ook werd in de strafrechtspolitiek onmiddellijk meegegaan in het nieuwe juridische perspectief. Toen kort na de laatste verlaging van de meerderjarigheidsgrens aan de minister van justitie de vraag werd voorgelegd of de bescherming in art. 249 Sr niet zou moeten worden

---

169 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 20. Voor soortgelijke uitspraken over de seksuele meerderjarigheid zie o.a.: *Kamerstukken I* 2001/02, 27 745, nr. 299b, p. 3; *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1698; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 14; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 3, p. 10 en nr. 5, p. 8.

170 In de redenering van de minister lijkt de kwestie overigens definitief te worden vastgezet op de strafwet van dat moment. Als seksueel meerderjarigen inderdaad volledig vrij zijn in het bepalen van hun seksuele leven en alleen plaats is voor overheidsbemoeienis bij de reeds bestaande delicten die de minister noemt, dan wordt eveneens geïmpliceerd dat geen ruimte bestaat voor nieuwe uitzonderingen. Die nieuwe uitzonderingen zijn er wel gekomen (zie hierna).

171 Wet van 6 februari 1901, *Stb*. 62 (i.w.tr. op 1 december 1905).

172 Wet van 1 juli 1987, *Stb*. 1987, 333 (i.w.tr. op 1 januari 1988).

173 Vgl. o.m. de memorie van toelichting bij het voorstel ter verlaging van de meerderjarigheidsgrens naar achttien jaar (*Kamerstukken II* 1978/79, 15 417, nr. 3).

174 Bij beide wijzigingen hebben zich strafzaken voorgedaan waarbij door de Hoge Raad art. 1 lid 2 Sr van toepassing werd geacht op zedendelicten begaan tegen jeugdigen voor zover de leeftijd van deze jeugdigen ten tijde van het feit, op enig moment tijdens de berechting niet meer als 'minderjarig' kon worden aangemerkt (HR 3 december 1906, *W* 8468 (Venlose koppelaarster) en HR 11 oktober 1988, *NJ* 1989/455). Zie hierover tevens de noot van Corstens onder HR 12 december 1990, *NJ* 1990/588.

hersteld naar het oude niveau van eenentwintig jaar, stelde de minister dat hij daartoe geen aanleiding zag. ‘Meerderjarigen immers hebben de mogelijkheid van zich aan de invloed van de in artikel 249 eerste lid, bedoelde personen te onttrekken’, aldus de minister.[175] Gelet op de wijzigingen kan voorts worden vastgesteld dat de groep ‘seksueel meerderjarige minderjarigen’ veel kleiner is geworden. In 1886 bestond deze nog uit zestien- tot tweeëntwintigjarigen en thans bestaat zij alleen uit zestien- en zeventienjarigen.

In het kader van het begrip ‘minderjarige’ dient ten slotte te worden opgemerkt dat dit begrip door de wetgever steeds meer is verlaten en dat daarvoor de omschrijving ‘iemand die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt’ in de plaats is gekomen. Dat vindt zijn aanleiding in het feit dat personen van zestien of zeventien jaar die getrouwd zijn, de algemene status van minderjarige verliezen (art. 1:233 BW), en daardoor in beginsel niet meer worden beschermd door de betreffende zedenbepalingen.[176] Dat de wijzigingen niet in een eenmalig wetgevingstraject overal zijn doorgevoerd (in onder andere art. 249 en 250 Sr is het begrip ‘minderjarige’ nog opgenomen) zal ermee verband houden dat de wetgever de bedoelde wijzigingen heeft aangebracht in het kader van de implementatie van internationale afspraken en de wetgever bij dergelijke implementaties in beginsel niet buiten de kaders van de verplichtingen treedt.[177] Het argument voor de aanpassingen komt overigens mogelijk te vervallen, gezien de voorgenomen wijziging in het privaatrecht om alleen meerderjarigen tot het huwelijk toe te laten.[178] Hierna zullen termen als ‘personen jonger dan achttien jaar’ en ‘minderjarigen’ gemakshalve nog door elkaar worden gebruikt, hoewel duidelijk is dat daartussen nu nog een belangrijk verschil kan bestaan.

Aan de orde is geweest dat naast art. 249 en 250 Sr inmiddels een reeks andere zedendelicten tegen jeugdigen bestaat die mede betrekking heeft op seksueel meerderjarige minderjarigen. Uit tabel 8 blijkt dat gaat het om art. 240b Sr (kinderpornografie), art. 248a Sr (uitlokken van ontucht), art. 248b Sr (jeugdprostitutie), art. 248c Sr (aanwezig zijn bij een seksshow waarin jeugdigen optreden) en art. 248f Sr (uitlokken van ontucht met een derde). Hoewel zij geen zelfstandige strafbare feiten behelzen, kan voorts worden gewezen op de strafverzwarende omstandigheden in art. 248 Sr. Deze hebben in veel gevallen in het bijzonder betrekking op personen jonger dan achttien jaar (zie hierover paragraaf 2.8). Daarnaast verdient art. 273f Sr vermelding (mensenhandel). Een belangrijk deel van onze prostitutie-gerelateerde strafwetgeving is daarin opgenomen, waarbij aan personen jonger dan achttien jaar meer bescherming

---

175 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 8, p. 4.

176 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 16.

177 Zie bijvoorbeeld Aanwijzing 331 in de Aanwijzingen voor de Regelgeving (*Stcrt.* 2011, 6602) en *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 6, p. 17. Uitzonderingen op dit uitgangspunt passeren de revue in paragraaf 2.8.2.2 en 2.8.2.4.

178 Wetgevingsdossier 33 488 (Wet tegengaan huwelijksdwang). Ook kunnen daarmee de bestanddelen ‘buiten echt’ uit de zedenwetgeving verdwijnen (vgl. Kool in T&C-Sr 2014, aant. 6 bij art. 245 Sr). Zie daarover paragraaf 4.5.2.

wordt geboden in de vorm van aparte strafbepalingen[179] en strafverzwaringsgronden[180].

Deze uitbreidingen van delicten tegen seksueel meerderjarige minderjarigen kan worden toegeschreven aan de toegenomen nationale en internationale inspanningen om kinderen in het algemeen – dus ook zestien- en zeventienjarigen – te beschermen tegen seksueel misbruik en seksuele exploitatie. De sprong in die ontwikkeling laat zich illustreren door een vergelijking te maken tussen een overweging in de memorie van toelichting bij de voorbereiding van de opheffing van het algemeen bordeelverbod, en de veranderingen die nadien zijn opgetreden (de memorie van toelichting dateert uit 1997). Over de vraag of voor het gebruikmaken van de diensten van zestien- en zeventienjarige prostituees strafrechtelijke aansprakelijkheid moest worden gecreëerd, werd in de genoemde memorie van toelichting nog opgemerkt dat 'aan de bestrijding van kinderprostitutie onvoldoende argumenten kunnen worden ontleend' om een uitzondering te maken op de regel van 'seksuele vrijheid vanaf de zestienjarige leeftijd'.[181] Niettemin is bij aangenomen amendement[182] ervoor gekozen het beschreven gedrag strafbaar te stellen in art. 248b Sr en werd art. 248ter Sr met een verruimde redactie ondergebracht in art. 248a Sr (2000). Later volgde de invoering van art. 248c Sr (2002), de verhoging van de leeftijd naar achttien jaar in art. 240b Sr (2002) en de invoering van art. 248f Sr (2014). Thans is er wetgeving in de maak waarin wordt beoogd het gebruikmaken van de diensten van achttien-, negentien- en twintigjarige prostituees eveneens strafbaar te stellen.[183]

Er is de laatste jaren dus een duidelijke trend waarneembaar in het maken van uitzonderingen op de hoofdregel van seksuele meerderjarigheid. Het eerdergenoemde spanningsveld tussen bescherming van en vrijheid voor seksueel meerderjarige jeugdigen is daardoor op bepaalde punten complexer geworden.[184] Hierna volgen daarvan enkele illustraties.

2.4.2.3 Beoordeling bij zestien- en zeventienjarigen

Zoals aangestipt, is steeds meer het uitgangspunt leidend dat ieder kind moet worden beschermd tegen seksueel misbruik en seksuele uitbuiting. Door de gebezigde terminologie ('seksueel misbruik' en 'seksuele uitbuiting') ontstaat niet snel de indruk dat een noemenswaardige inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de seksueel meerderjarige. Zo wordt in de pream-

---

179 Zie art. 273f lid 1, sub 2°, 5° en 8° Sr.

180 Zie art. 273f lid 3, sub 2° en lid 4 Sr.

181 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 3, p. 10.

182 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 9 (amendement van het lid Barth).

183 Wetgevingsdossiers 32 211 (Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche) en 33 885 (Wijziging van de Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche; zie art. 29).

184 Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 240b Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 19 juni 2013).

bule van het Verdrag van Lanzarote[185] opgemerkt dat 'elk kind recht heeft op de beschermende maatregelen, van de zijde van zijn familie, de maatschappij en de Staat, die vanwege zijn status van minderjarige noodzakelijk zijn' en dat seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen 'zeer schadelijke gevolgen hebben voor de gezondheid van kinderen en hun psychosociale ontwikkeling'. Vervolgens wordt in de kernbepalingen van het verdrag de verplichting voor verdragspartijen geformuleerd om ten aanzien van alle kinderen strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren voor het opzettelijk aangaan van seksuele handelingen met een kind wanneer: *gebruik* is gemaakt van *dwang, geweld of bedreigingen*; of *misbruik* wordt gemaakt van een erkende positie van vertrouwen, gezag of invloed jegens het kind; of *misbruik* wordt gemaakt van de bijzonder kwetsbare situatie van het kind, met name vanwege een verstandelijke of lichamelijke handicap of een afhankelijkheidssituatie (cursivering toegevoegd).[186] In Richtlijn 2011/93/EU worden soortgelijke termen gebruikt.

Net als bij 'misbruik' en 'uitbuiting' zal ook bij meer specifieke termen als 'gebruik van dwang, geweld en bedreiging' en 'misbruik van vertrouwen, gezag of invloed' niet snel verondersteld worden dat het kind de gedragingen vrijwillig ondergaat. In zoverre kan van een inbreuk op de seksuele vrijheid vaak niet eens worden gesproken. Voor zover het kind de handelingen wel volledig vrijwillig verricht, lijkt thans algemeen geaccepteerd dat het kind tegen zichzelf moet worden beschermd in situaties van sterke afhankelijkheid en in situaties met een groot risico op blootstelling aan seksuele exploitatie, in het bijzonder in de sfeer van pornografie en prostitutie. In dat opzicht is de afweging tussen bescherming en vrijheid niet complex; de bescherming prevaleert, net zoals dat het geval is bij vrijwillige seks tussen een dertienjarige en een veertigjarige (art. 245 en 247 Sr).

Niettemin is het spanningsveld tussen bescherming en vrijheid lastiger te duiden bij situaties die niet in de kern liggen van misbruik en uitbuiting in de hiervoor bedoelde zin. Ook bij deze meer perifere situaties kan het strafrecht in beeld komen door de ruime formuleringen in de zedenwetgeving. Met het oog op de bestanddelen van art. 248a Sr (uitlokken van ontucht) valt bijvoorbeeld te denken aan de vrijwillige instrumentele seks onder oudere jongeren ('giften of beloften van geld of goed'), aan de relatie tussen een zeventienjarig jarig meisje en een vijfentwintigjarige jongen die zijn vriendin overlaadt met cadeaus ('giften of beloften van geld of goed'), aan de relatie tussen een zestienjarig meisje en een zestigjarige man ('misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht') en aan de relatie tussen een zeventienjarige jongen en een dertigjarige vrouw die tegenover haar vriend volhoudt dat zij drieëntwintig is ('misleiding'). Bij art. 248c Sr (aanwezig zijn bij ontuchtige handelingen van een minderjarige) kan worden gedacht aan seksuele hande-

[185] Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007; *Trb.* 2008, 58.

[186] Art. 18 lid 1 van het Verdrag van Lanzarote.

lingen onder seksueel meerderjarigen die bewust worden verricht in het zicht van andere, daarmee instemmende leeftijdsgenoten.

Of de bestanddelen van de betreffende delicten bij deze casussen zijn vervuld, hangt mede af van de vraag of de handelingen als 'ontuchtig' kunnen worden aangemerkt. Op voorhand is het antwoord ook daarop moeilijk te geven omdat, zoals eerder is gebleken, factoren als vrijheid, bescherming, moraliteit en schade anders kunnen worden afgewogen.

Daarbij is, ten eerste, in het onderhavige kader in het bijzonder van belang of men de hoofdregel van seksuele vrijheid vanaf het zestiende levensjaar ziet als een omstandigheid die alleen relevant is voor de wetgever, of als een omstandigheid die ook gewicht draagt bij de uitleg van de bepalingen die betrekking hebben op minderjarigen. In het bijzonder rijst de vraag of de vervulling van de overige bestanddelen (zoals 'door giften of beloften van geld of goed bewegen' in art. 248a Sr) en de vaststelling dat sprake is van seksuele handelingen, ook bij seksueel meerderjarigen al een weerlegbaar rechtsvermoeden van 'ontucht' doen ontstaan, zoals bij seksueel minderjarigen het geval is.[187]

Degene die zich afvraagt hoe de wetgever hierover denkt, stuit op de in dit verband dubbelzinnige wetsgeschiedenis van art. 248c Sr. Oorspronkelijk werd voorgesteld om in die bepaling het begrip 'seksuele handelingen' te bezigen. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak stelde in haar advies vast dat door deze terminologie art. 248c Sr ook zou zien op seksuele handelingen van een oudere minderjarige die deze handelingen geheel vrijwillig verricht. De NVvR stelde daarom voor 'seksuele handelingen' te vervangen door 'ontuchtige handelingen' en de regering ging daarmee akkoord.[188] Daaruit zou kunnen blijken dat ook van regeringszijde werd gedacht aan straffeloos, niet-ontuchtig gedrag bij consensuele handelingen van een seksueel meerderjarige. Niettemin vermeldt de memorie van toelichting in algemene zin dat art. 248c Sr na deze tekstuele wijziging 'het seksueel optreden van de minderjarige' omvat[189] en kan ook uit latere parlementaire stukken blijken dat de regering wil vasthouden aan de bescherming van zestien- en zeventienjarigen in dit verband, ook bij consensuele contacten.[190]

Dat ook op Europees niveau wordt geworsteld met dergelijke thema's en onderliggende noties, kan blijken uit Richtlijn 2011/93/EU. Daarin wordt in

---

187 Vgl. paragraaf 2.3.3. Zie over instrumentele seks bij tieners het WODC-rapport van De Graaf e.a. 2007.

188 *Kamerstukken II 2001/02*, 27 745, nr. 3, p. 12.

189 Idem.

190 Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 248c Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Daarin wordt verwezen naar *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, 6, p. 24 (de minister vergelijkt de toeschouwer in de context van art. 248c Sr met de klant van een minderjarige prostituee, en lijkt aldus de bescherming van art. 248c Sr op één lijn te stellen met die van art. 248b Sr) en naar *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 16 (daarbij wordt het begrip 'minderjarige' mede in art. 248c Sr vervangen door 'een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt' teneinde getrouwde zestien- en zeventienjarigen – die door dat huwelijk niet meer minderjarig zijn – beter te beschermen).

de formuleringen van de toegestane uitzonderingen op de verplichtingen, soms wel en soms geen onderscheid gemaakt tussen seksueel meerderjarigen en seksueel minderjarigen. Het wordt lidstaten bijvoorbeeld toegestaan om gedragingen zoals bij ons omschreven in art. 248c en 248d Sr, van strafbaarheid uit te zonderen indien het gaat om: 'consensuele seksuele handelingen tussen gelijken, nabij in leeftijd en in psychologische en lichamelijke ontwikkeling of maturiteit, mits de handelingen niet met misbruik gepaard gingen' (met betrekking tot gedragingen bij ons omschreven in art. 248d Sr) en 'een consensuele relatie *waarbij het kind seksueel meerderjarig is of* tussen gelijken, nabij in leeftijd en in psychologische en lichamelijke ontwikkeling of maturiteit, mits de handelingen niet met misbruik of uitbuiting gepaard gingen en er geen geld of andere vormen van beloning of vergoeding worden gegeven als betaling in ruil voor de pornografische voorstelling' (met betrekking tot gedragingen bij ons omschreven in art. 248c Sr).[191] Uit het door ons gecursiveerde gedeelte blijkt dat in die context de seksuele meerderjarigheid een bijzondere positie inneemt; in tegenstelling tot de eerste uitzondering is deze uitzondering ook van toepassing op seksuele meerderjarigheid zónder dat sprake is van contact tussen gelijken, nabij in leeftijd en in psychologische en lichamelijke ontwikkeling of maturiteit. Duidelijke argumenten voor dit onderscheid zijn in de preambule niet te vinden, terwijl deze zich ook niet goed laten raden.

Ten tweede is voor de duiding van seksuele meerderjarigheid in het kader van 'ontucht' van bijzondere betekenis in hoeverre de beoordeling van ogenschijnlijk minder kwalijke gevallen wordt beïnvloed door de in nationaal en internationaal verband gesignaleerde risico's. Zo zou in de casus van het zeventienjarig meisje en haar vijfentwintigjarige vriend misschien sprake kunnen zijn van een betrekkelijk normale liefdesrelatie (ook al werd haar seksuele bereidwilligheid sterk beïnvloed door de ontvangen cadeaus), maar dat neemt niet weg dat in de casus ook een potentieel loverboy-scenario kan worden gezien. Het streven om dat risico algemeen te bestrijden, kan het oordeel over de 'ontuchtigheid' van het individuele geval kleuren.

In het verlengde van de complexe beoordeling van 'ontucht' bij art. 248a en 248c Sr kan daarnaast worden gewezen op art. 240b Sr (kinderpornografie). De verhoging van de leeftijdsgrens naar achttien jaar is door de wetgever verdedigd op de volgende gronden:

> 'Kinderporno is primair strafbaar gesteld omdat het brengen van een kind tot een seksuele gedraging of een seksueel getinte pose met het oog op het maken van een afbeelding daarvan, schadelijk is voor het kind of omdat de openbaarmaking of het in omloop brengen van die afbeelding schadelijk is voor dat kind en voor kinderen in het algemeen. Er is dus alle aanleiding om ook 16- en 17-jarigen te brengen onder de strafrechtelijke bescherming van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht. Het maken en vervolgens verspreiden van kinderpornografische beelden van 16- en 17-jarigen is niet aanvaardbaar. Bij de strafbaarstelling van kinderporno gaat het anders dan bij ontucht, niet alleen om het voorkomen van schade aan het kind dat bij de vervaardiging van

191 Zie art. 8 lid 1 respectievelijk lid 2 van Richtlijn 2011/93/EU ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie.

> kinderporno betrokken is geweest als gevolg van die vervaardiging, maar ook om het voorkomen van schade aan dat kind en aan kinderen in het algemeen door het in omloop brengen van dat beeldmateriaal. Ook het bezit van deze porno dient strafbaar te zijn. De bezitter verkrijgt immers kinderporno, profiteert van de bestrijding ervan en bevordert de instandhouding van een markt. De instemming van een 16- of 17-jarige met de vervaardiging en de verspreiding van kinderporno neemt de schadelijke effecten daarvan in ieder geval niet weg.'[192]

De wetgever ziet in art. 240b Sr de bijzonderheid gelegen dat het niet alleen gaat om een spanningsveld tussen vrijheid en bescherming met betrekking tot de minderjarige zelf, maar dat het concrete geval ook schadelijk kan zijn voor kinderen in het algemeen. Omdat dit argument minder relevant is bij de vrijwillige productie voor eigen gebruik, hebben Europese instrumenten aan partijen ook hier extra ruimte gelaten; die instrumenten bieden de mogelijkheid om het materiële strafrecht niet van toepassing te verklaren op productie en bezit door seksueel meerderjarige kinderen voor eigen gebruik.[193] Al in een vroeg stadium heeft de wetgever laten weten niet van deze mogelijkheid gebruik te willen maken, maar wel toegezegd met de seksuele meerderjarigheid rekening te houden in het vervolgingsbeleid.[194] Wat het huidige vervolgingsbeleid met betrekking tot art. 240b Sr betreft, wordt geen bijzondere positie toegekend aan productie en bezit door seksueel meerderjarigen voor eigen gebruik, maar wordt in het algemeen gekeken naar de omstandigheden die de ernst van het feit bepalen.[195] Daarbij lijkt voor alle tieners het uitgangspunt te zijn dat het enkele in bezit hebben van vrijwillig gemaakte foto's voor eigen gebruik nog geen zwaarwegend vervolgingsbelang meebrengt. Indien wel vervolgd wordt ter zake van productie en bezit door seksueel meerderjarigen voor eigen gebruik, kan in ieder geval worden geconstateerd dat de bestanddelen in art. 240b Sr de rechter weinig aanknopingspunten bieden om aangenomen seksuele vrijheid daarin ten voordele van de verdachte te verdisconteren. In art. 240b Sr ontbreekt een in dit opzicht flexibel bestanddeel zoals 'ontucht'.

Bij de beantwoording van de vraag waarom de wetgever uitzonderingen maakt op het uitgangspunt van seksuele vrijheid vanaf het zestiende levensjaar, kan tot slot worden gekeken naar de ratio van art. 248d (corrumperen van jeugdigen) en 248e Sr (grooming), strafbaarstellingen die in 2010 zijn

---

192 *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1698.

193 Zie bijvoorbeeld art. 3 lid 2 van Kaderbesluit 2004/68/JBZ ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie (inmiddels vervangen door de hierna vermelde Richtlijn); art. 20 lid 3 Verdrag van Lanzarote en art. 8 lid 3 van Richtlijn 2011/93/EU ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie.

194 Vgl. *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1698, anticiperend op de inhoud van Kaderbesluit 2004/68/JBZ. Zie voorts *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 3, p. 5-6.

195 Zie de Aanwijzing kinderpornografie van 1 november 2010 (Stcrt. 2010, 19212; i.w.tr. op 1 januari 2011) en in het bijzonder de publicatie 'Pubers in beeld - OM-beleid bij door jongeren geproduceerde seksuele afbeeldingen van minderjarigen' (beschikbaar op «om.nl»).

ingevoerd ter implementatie van het Verdrag van Lanzarote en waarin de leeftijdgrens is beperkt tot de leeftijd van seksuele meerderjarigheid.

In het *explanatory report*[196] bij het Verdrag van Lanzarote komt niet duidelijk naar voren waarom de verplichting tot het beschermen tegen corrumperen en grooming beperkt is gebleven tot gevallen waarin het slachtoffer de leeftijd van seksuele meerderjarigheid nog niet heeft bereikt, terwijl andere verplichtingen in het Verdrag een leeftijd van achttien jaar formuleren. Bij de implementatie merkt de wetgever in ieder geval het volgende op over het voorgestelde art. 248d Sr:

> 'Deze strafbaarstelling beoogt het kind te beschermen tegen schadelijke invloeden op de persoonlijke en seksuele ontwikkeling. In het bijzonder strekt de bepaling tot bescherming tegen gedragingen die tot doel hebben een kind vatbaar te maken voor seksuele uitbuiting of seksueel misbruik. Wanneer een kind voor seksuele doeleinden wordt geconfronteerd met seksueel misbruik of seksuele handelingen, kan een kind toekomstige gedragingen die als ontucht moeten worden aangemerkt, als normaal gaan ervaren. Tegen een dergelijke scheefgroei in de seksuele en persoonlijke ontwikkeling dient een kind te worden beschermd.'[197]
> (…)
> In de Nederlandse zedelijkheidswetgeving zijn personen beneden de leeftijd van zestien jaar seksueel minderjarig. De strafbepaling beoogt deze categorie opgroeiende kinderen tegen schadelijke beïnvloeding van hun seksuele en persoonlijke ontwikkeling te beschermen.'[198]

Over art. 248e Sr vermeldt de memorie van toelichting:

> '«Grooming» is veelal een langerlopend proces waarbij de dader door veelvuldig chat- en e-mailcontact langzaam het vertrouwen wint van het kind, het kind verleidt tot het delen van intimiteiten en op die wijze het kind in de digitale wereld vatbaar maakt voor seksueel misbruik in de fysieke wereld. De aard en omvang van dit strafwaardige fenomeen zijn zorgwekkend. Buitenlandse bronnen noemen een orde van grootte van 20% van de kinderen die chatrooms gebruiken en ongewenst benaderd zijn. In Nederland zou dit ook op 10–20% liggen. Bij het Meldpunt Kinderporno op Internet is het aantal meldingen van «grooming» fors toegenomen. Deze ontwikkeling vereist een adequaat antwoord.
> (…)
> De in het Verdrag opgenomen strafbaarstelling richt zich nadrukkelijk op het grijze gebied waarin nog geen sprake is van het plegen van daadwerkelijk seksueel misbruik, maar waar wel misbruik wordt gemaakt van de open communicatiemogelijkheden op internet om kinderen te benaderen en tot misbruik te verleiden. Voor strafbaarheid is niet vereist dat het contact op internet daadwerkelijk leidt tot fysiek contact tussen kind en dader, of een feitelijk door het kind gepleegde seksuele handeling, bijvoorbeeld voor een webcam. De nadruk ligt meer op de communicatiefase; de fase waarin het kind op internet in chat- en emailverkeer door de dader wordt bewerkt en verleid. Uit de inhoud van de desbetreffende chat- en emailberichten zal veelal het oogmerk van de dader op het plegen van seksueel misbruik kunnen worden afgeleid.'[199]
> (…)

[196] *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (beschikbaar op «coe.int»).

[197] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 5.

[198] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 8.

[199] *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 6.

> Voor de strafwaardigheid is het wezenlijk dat de communicatiefase uitmondt in een voorstel voor een ontmoeting en het verrichten van een handeling gericht op het realiseren van die ontmoeting. Deze gedragingen onderstrepen de vastheid van het voornemen van de dader om zijn digitaal misbruik daadwerkelijk om te zetten in het plegen van fysiek misbruik. Vanuit het oogpunt van een effectieve bescherming van kinderen is het zaak dat tegen deze gedragingen strafrechtelijk kan worden opgetreden.[200]

Zoals eerder aan de orde is geweest, wordt in de preambule van het Verdrag van Lanzarote gesproken over het recht van *elke* minderjarige op de beschermende maatregelen tegen seksueel misbruik en seksuele uitbuiting. Tegen die achtergrond is niet onmiddellijk te begrijpen waarom het Verdrag de verplichtingen ten aanzien van het corrumperen en grooming heeft beperkt tot de seksueel minderjarigen, en evenmin waarom de parlementaire stukken stellen dat art. 248d Sr moet beschermen tegen 'schadelijke invloeden op de persoonlijke en seksuele ontwikkeling', tegen 'gedragingen die tot doel hebben een kind vatbaar te maken voor seksuele uitbuiting of seksueel misbruik' en tegen een 'scheefgroei in de seksuele en persoonlijke ontwikkeling'. Datzelfde geldt met betrekking tot art. 248e Sr, dat volgens de wetsgeschiedenis dient te beschermen tegen de verleiding tot het delen van intimiteiten en tegen het op die wijze vatbaar maken voor seksueel misbruik in de fysieke wereld. De strafbaarstelling van grooming werd nodig geacht vanuit 'het oogpunt van een effectieve bescherming van kinderen'.

Machielse ziet de verklaring gelegen in de bescherming tegen seksuele scheefgroei:

> 'Het ligt ook in de rede om de leeftijd niet hoger vast te stellen gelet op de achtergrond van het verbod, te weten het voorkomen van seksuele scheefgroei. Gewoonlijk is de seksuele vorming op 16-jarige leeftijd al zo ver dat de beïnvloeding daarvan op een latere leeftijd nog slechts marginaal zal zijn. Er zijn wel strafbepalingen aan te wijzen waarin jeugdigen tot 18 jaar worden beschermd — zie bijvoorbeeld art. 248a , 248b , 248c en 249 lid 1 Sr — maar deze strafbepalingen zijn er niet op gericht seksuele scheefgroei van jeugdigen te voorkomen.'[201]

Dit lijkt echter nog geen volledige verklaring te bieden, omdat de ratio van art. 248d en 248e Sr kennelijk ook voor een belangrijk deel is gelegen in het beschermen tegen het bevorderen van seksuele permissiviteit en tegen de daaruit voortvloeiende vatbaarheid voor misbruik en uitbuiting. Die bescherming lijkt eveneens ten grondslag te liggen aan bijvoorbeeld art. 248a (verleiding tot ontucht) en 248b Sr (jeugdprostitutie), waar de grens van achttien jaar geldt.

Wellicht moet in dit verband van betekenis worden geacht dat art. 248d en 248e Sr zich richten op handelingen in een voorstadium van daadwerkelijk misbruik.[202] De keuze voor de beperking tot seksueel minderjarigen zou in dat opzicht kunnen zijn ingegeven door het idee dat dergelijke gevaarzettingsde-

---

200 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 7.

201 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 2 bij art. 248d Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

202 Zie over deze typering: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 5 en 9, en nr. 7, p. 8.

licten slechts bij uiterste noodzaak moeten worden ingevoerd, en dat die noodzaak zich in de onderhavige context alleen bij seksueel minderjarigen voordoet. Uitgaande van de stellingen van Machielse zou immers kunnen worden gezegd dat de strafbaar gestelde handelingen in ieder geval bij seksueel minderjarigen niet alleen gevaarzetting voor misbruik in de toekomst meebrengen (het risico van schade), maar in veel gevallen ook daadwerkelijke krenking van het rechtsgoed 'seksuele ontwikkeling' (voltooide schade).

2.4.2.4 Afsluiting

In het voorgaande is bevestigd dat de algemene systematiek van de leeftijdsgrenzen in Titel XIV door de jaren heen gelijk is gebleven: er is een gekwalificeerde lage leeftijdsgrens van twaalf jaar, een algemene leeftijdsgrens van zestien jaar die de seksuele meerderjarigheid markeert, en een ruimere leeftijdsgrens van de meerderjarigheid in situaties waarbij het nodig is geacht een uitzondering te maken op de hoofdregel van seksuele meerderjarigheid ('seksuele vrijheid vanaf het zestiende levensjaar'). Niettemin zijn belangrijke veranderingen opgetreden: de meerderjarigheidsgrens is sinds 1886 verlaagd van drieëntwintig naar achttien jaar en de uitzonderingen op de hoofdregel van seksuele meerderjarigheid zijn toegenomen. Zoals naar voren kwam, kunnen die veranderingen in samenhang met bepaalde onzekerheden en met nationale en internationale ontwikkelingen zorgen voor een complexe beoordeling van concrete gevallen waarbij seksueel meerderjarigen zijn betrokken.

Tot slot kan worden vermeld dat Nederland op grond van de Europese instrumenten inmiddels verplicht is om een leeftijd van seksuele meerderjarigheid aan te wijzen. Daaraan ligt ten grondslag dat de inhoud van veel specifieke verplichtingen afhankelijk is van die leeftijd, zoals de minimale hoogte van maximumstraffen.[203]

2.4.3 Schuldverbanden

2.4.3.1 Inleiding

Een grondprincipe van de wetgever bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht was dat voor alle misdrijven hetzij een vorm van opzet hetzij een vorm van schuld was vereist.[204] Dit vond uitdrukking in de inrichting van de delictsomschrijvingen, door de opname van subjectieve bestanddelen, zoals 'opzettelijk' (opzet) of 'aan wiens schuld te wijten is dat' (culpa). Soms

203 Zie in dit verband o.m. art. 2 onder b jo. art. 3 e.v. van Richtlijn 2011/93/EU ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en voorts art. 18 lid 2 van het Verdrag van Lanzarote. Wat Nederland betreft behoeft het aanwijzen van de leeftijd van seksuele meerderjarigheid niet uitdrukkelijk te geschieden; de betreffende leeftijd volgt genoegzaam uit de systematiek van de zedendelicten, aldus de wetgever. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 18 (transponeringstabel).

204 Zie Smidt I, p. 69, 78 en 84; Smidt III, p. 174, 175. Vgl. voorts Van Hamel 1927, p. 265, 292-293; De Hullu 2012, p. 202.

achtte de wetgever toevoeging van het bestanddeel 'opzettelijk' onnodig omdat reeds uit de aard van het feit en de taalkundige betekenis van de gebezigde bestanddelen opzettelijk handelen bleek. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht noemde de wetgever in dat verband de woorden 'opruiing', 'uitdagen tot een tweegevecht' en 'verleiden'.[205] Dogmatisch wordt dan gesproken van impliciet of ingeblikt opzet; het opzet ligt al in de woorden opgesloten.

De manier waarop de subjectieve bestanddelen zich verhouden tot de overige, objectieve bestanddelen wordt uitgedrukt met het begrip 'schuldverband'. Het schuldverband geeft dus aan waarop het subjectieve bestanddeel betrekking heeft. Voor het bestanddeel 'opzettelijk' is het algemene strafrechtelijke uitgangspunt dat het is gericht op alle bestanddelen die in de delictsomschrijving erop volgen.[206] Dat uitgangspunt neemt niet weg dat sommige bestanddelen, hoewel zij volgen op het woord 'opzettelijk', aan dit schuldverband kunnen zijn onttrokken en aldus zijn geobjectiveerd. Strafprocessueel heeft dit tot gevolg dat met betrekking tot deze bestanddelen niet hoeft te worden vastgesteld dat de dader opzettelijk of culpoos handelde.

Bij de seksuele delicten tegen jeugdigen is het thema van de schuldverbanden vooral van belang in verband met de daarin opgenomen aanduidingen van leeftijd (zoals 'iemand beneden de leeftijd van zestien jaren' en 'minderjarige'). In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de verschillende schuldverbanden en objectiveringen die betrekking hebben op de leeftijdsbestanddelen, en bij de bijzonderheden die zich in dat kader voordoen.

2.4.3.2 Verschillen in de delictsomschrijvingen

Allereerst kan worden geconstateerd dat de seksuele delicten tegen jeugdigen op de onderhavige punten zeer verschillend zijn geredigeerd. In sommige gevallen is een uitdrukkelijke opzetvorm aan de delictsgedraging gekoppeld (zie o.a. 'opzettelijk bewegen' in art. 248a, 'opzettelijk aanwezig zijn' in 248c, 'met ontuchtig oogmerk ertoe bewegen' in art. 248d Sr en 'opzettelijk teweegbrengen of bevorderen' in art. 248f en art. 250 lid 1 Sr). Daarnaast zijn er veel delicten waarin het opzet kennelijk ligt besloten in de delictsgedraging (zoals 'vertonen' in art. 240a Sr, 'in bezit hebben' in art. 240b Sr, 'ontuchtige handelingen plegen' in art. 245, 'ontucht plegen' in art. 247, 248b en 249 Sr).[207] Er zijn dus delicten met expliciet opzet en delicten met alleen impliciet opzet ten aanzien van de delictsgedraging (categorie A respectievelijk B in onderstaande tabel).

---

205 Smidt I, p. 78. Zie voor recentere gelijksoortige overwegingen: *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 3, p. 9.

206 De basis voor dit uitgangspunt ligt in de wetsgeschiedenis (zie Smidt I, p. 78). De rechtspraak en literatuur sluiten zich daarbij aan (o.m. HR 28 september 2004, *NJ* 2004/642; Simons 1937, p. 237, 247; Van Bemmelen-Van Hattum 1953, p. 302; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 201-202; De Hullu 2012, p. 212-213).

207 Zie hierover nader paragraaf 2.4.3.5.

Een dwarsverband in deze beide categorieën is de wijze waarop de leeftijd in de delictsomschrijving is opgenomen. Soms heeft de wetgever een apart schuldverband geformuleerd ten aanzien van de leeftijd (zie art. 240a, 248a, 248c, 248d, 248e, 248f en 250 lid 1 sub b° Sr). Dit luidt dan bijvoorbeeld: ‘een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt’ (art. 248e Sr) of ‘een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden’ (art. 250 lid 1 sub b° Sr). Bij andere seksuele delicten tegen jeugdigen heeft de wetgever dit specifieke, op de leeftijd gerichte schuldverband achterwege gelaten (art. 240b, 244, 245, 247, 248b, 249 en 250 lid 1 sub a° Sr).

		A	***B***
		Delicten met een uitdrukkelijk subjectief bestanddeel behorend bij de delictsgedraging	***Delicten zonder uitdrukkelijk subjectief bestanddeel behorend bij de delictsgedraging***
1	***Delicten met een apart schuldverband ten aanzien van de leeftijd***	art. 248a Sr art. 248c Sr art. 248d Sr art. 248e Sr art. 248f Sr art. 250 lid 1 onder b° Sr	art. 240a Sr
2	***Delicten zonder een apart schuldverband ten aanzien van de leeftijd***	art. 250 lid 1 onder a° Sr	art. 240b Sr art. 244 Sr art. 245 Sr art. 247 Sr art. 248b Sr art. 249 Sr

Tabel 9 Eigenschappen van seksuele delicten tegen jeugdigen met betrekking tot de schuldverbanden

Bij delicten met een apart schuldverband ten aanzien van de leeftijd (categorie 1 in tabel 9) moet de dader ofwel opzet hebben gehad op de leeftijd (‘weten’; ‘kennen’) ofwel met betrekking tot die leeftijd culpoos hebben gehandeld (‘redelijkerwijs moeten vermoeden’). De leeftijd is hier dus uitdrukkelijk niet geobjectiveerd.

Bij delicten zonder apart schuldverband ten aanzien van de leeftijd (categorie 2) rijst de vraag of de leeftijd daarin is geobjectiveerd. Deze vraag en daarmee samenhangende kwesties worden hierna besproken (paragraaf 2.4.3.3-2.4.3.5). Ten slotte wordt onderzocht waarom de wetgever bij sommige delicten de leeftijd uitdrukkelijk niet heeft geobjectiveerd, door een apart schuldverband met betrekking tot de leeftijd op te nemen (het verschil tussen categorie 1 en 2; paragraaf 2.4.3.6).

2.4.3.3 Delictsomschrijvingen met een geobjectiveerde leeftijd

Zoals uit tabel 9 is af te leiden, zijn delicten die geen apart schuldverband hebben met betrekking tot de leeftijd (categorie 2) doorgaans delicten met ingeblikt opzet in de delictsgedraging (categorie 2B). Bij delictsomschrijvingen zonder uitdrukkelijke vorm van opzet of culpa werd in zowel de theorie als de praktijk verschillend gedacht over de geëiste schuldgraad en over de strekking van het schuldverband, onder meer omdat de wetgever zich daarover niet expliciet had uitgelaten.[208] Dat bracht ook onzekerheid mee over de status van bepaalde bestanddelen (wel of niet geobjectiveerd?) en over de graad van opzet of schuld. Bij de zedendelicten tegen jeugdigen heeft dit dan ook dikwijls geleid tot verweren waarin werd gesteld dat opzet op de leeftijd een delictsvereiste was, maar dat dit opzet niet kon worden bewezen. Het antwoord op de vraag in welke delicten de leeftijd is geobjectiveerd, moet bijgevolg worden gevonden in de jurisprudentie van de Hoge Raad.[209]

Al in 1898 geeft de Hoge Raad uitsluitsel over art. 247 Sr, dat voor de relevante onderdelen nog hetzelfde luidt als destijds. Gemakshalve wordt de huidige redactie nogmaals weergegeven:

> Artikel 247 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

De Hoge Raad overweegt in het arrest:

> 'dat (...) aan het slot van het tweede middel wordt beweerd, dat tot de bestanddeelen van het misdrijf (...) mede behoort de wetenschap van den dader, dat het kind, met wien hij de ontuchtige handelingen pleegt, den leeftijd van 16 jaren nog niet heeft bereikt;
> (...)
> dat nu in art. 247 Strafrecht niets is te vinden wat tot ondersteuning van requirants bewering zou kunnen dienen, terwijl integendeel de tegenstelling in het artikel van het geval, dat de handeling plaats heeft met iemand, die in staat van bewusteloosheid of

---

[208] Zie hierover o.m. Van Hamel 1927, p. 292-294; Simons 1937, p. 248-249; Vellinga 1982, p. 23-29. De Hullu neemt thans aan dat de kenmerken van ingeblikt opzet in beginsel niet anders zijn dan die van het bestanddeel 'opzettelijk' (De Hullu 2012, p. 212). Tegenwoordig roept de afwezigheid van een uitdrukkelijk opgenomen schuldvorm bij tijd en wijle nog steeds vragen op over de strekking van het schuldverband. Vgl. bijvoorbeeld HR 13 september 2005, *NJ* 2006/234 (het in 'dwingen' besloten liggende opzet heeft ook betrekking op het daaraan voorafgaande bestanddeel 'wederrechtelijk'). Zie voorts noot 213 en de paragrafen 2.4.3.4 en 2.4.3.5 over de uitbreiding van het schuldverband in art. 250 respectievelijk 240b Sr.

[209] Vgl. Simons 1937, p. 248.

> onmacht verkeert – in welk geval, de wetenschap van dien toestand uitdrukkelijk als vereischte wordt gesteld – en het geval dat de handeling wordt gepleegd met iemand beneden de leeftijd van 16 jaren, in welk geval van bekendheid met den jeugdigen leeftijd wordt gezwegen – aantoont dat, ook naar de bedoeling van den wetgever, in dit geval bekendheid van den dader met den leeftijd van het kind geen bestanddeel van het misdrijf uitmaakt.'[210]

Hoewel de redactie van art. 247 Sr niet eenvoudig is, leidt tekstuele ontleding inderdaad tot de conclusie dat het bestanddeel 'met iemand van wie hij weet dat' zich alleen richt op de beschreven onmachtssituaties. Na die omschrijving begint een nieuw onderdeel: 'of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren'. Voorafgaand aan de leeftijd is derhalve geen schuldbestanddeel opgenomen dat op die leeftijd betrekking heeft (opzet of culpa), terwijl de delictsgedraging eerst na de leeftijd wordt vermeld. De Hoge Raad gaat dan ook uit van een bewuste keuze van de wetgever en komt tot de slotsom dat de leeftijd hier is geobjectiveerd.

In 1942 geeft de Hoge Raad duidelijkheid over het schuldverband in art. 249 lid 1 Sr ('ontucht plegen met zijn minderjarig kind [etc.]').[211] Omdat 'ontucht plegen' door de Hoge Raad wordt uitgelegd als 'opzettelijk ontucht plegen'[212] en de leeftijdsaanduiding in de delictsomschrijving op deze delictsgedraging volgt, lijkt niet zonder meer uitgesloten dat dit opzet ook betrokken is op de daaropvolgende leeftijdsaanduiding.[213] Toch is de Hoge Raad stellig. Zonder nadere uitleg wordt overwogen dat art. 249 lid 1 Sr niet vereist dat het opzet is gericht op de minderjarigheid.

Later volgen de bekende Leeftijdsarresten uit 1959.[214] De verdachten in deze zaken stellen, samengevat, dat zij erop mochten vertrouwen dat de betreffende meisjes ouder waren dan vijftien jaar vanwege hun oudere uiterlijk, hun doen, en het feit dat zij desgevraagd ook zeiden ouder te zijn dan vijftien jaar. In cassatie spitst de discussie zich toe op de vraag of de leeftijd in art. 245 en art. 247 is geobjectiveerd, en zo ja, of aan de verdachten nog een beroep toekomt op de ongeschreven schulduitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' (avas). De Hoge Raad beantwoordt beide vragen bevestigend:

> 'dat de bewezenverklaarde misdrijven, strafbaar gesteld bij de artt. 245 en 247 Sr., blijkens de wettelijke omschrijving niet tot element hebben opzet of schuld met betrekking tot den leeftijd van de(n)gene, met wie(n) de dader vleselijke gemeenschap heeft dan wel ontuchtige handelingen pleegt, doch uit deze omschrijving niet kan worden af-

---

210 HR 24 oktober 1898, *W* 7194. In dezelfde zin: HR 15 februari 1949, *NJ* 1949/275.

211 HR 20 april 1942, *NJ* 1942/602.

212 Zie reeds HR 24 oktober 1898, *W* 7194 en HR 27 mei 1931, *NJ* 1931, p. 1040, m.nt Pompe. Voor de overige rechtspraak wordt verwezen naar paragraaf 2.4.3.5, waarin dit opzet nader wordt besproken.

213 Toen was al langere tijd in de theorie een discussie gaande welk uitgangpunt zou moeten gelden bij delictsomschrijvingen met ingeblikt opzet (vgl. noot 208), waarbij sommige auteurs ook van mening waren dat ook hier de algemene stelregel moest worden gehanteerd dat het opzet (nu: het opzet besloten in de delictsgedraging) is gericht op alle bestanddelen die op de delictsgedraging volgen, tenzij uit de wet of wetsgeschiedenis anders blijkt. Vgl. de bespreking van deze standpunten in Simons 1937, p. 248-249.

214 HR 20 januari 1959, *NJ* 1959/102 m.nt. Pompe en HR 20 januari 1959, *NJ* 1959/103.

> geleid, dat ten aanzien van deze strafbare feiten de toepasselijkheid van het in ons strafrecht gehuldigde beginsel "geen straf zonder schuld" zou zijn uitgesloten;
> dat dan ook den verd., die aanvoert in dwaling te hebben verkeerd ten aanzien van den leeftijd, vermeld in de evengenoemde artikelen, het beroep op afwezigheid van alle schuld met betrekking tot die dwaling niet kan worden ontzegd;,
> dat evenwel de vraag, of bij den dader van een strafbaar feit alle schuld in strafrechtelijken zin afwezig is, beantwoord moet worden in verband met den aard en de strekking van de strafbepaling, welker overtreding den verd. verweten wordt;
> dat voor wat de artt. 245 en 247 Sr. betreft uit de wettelijke omschrijving van die bepalingen blijkt, dat daarmede is beoogd personen beneden den leeftijd van zestien jaren ten aanzien van misdrijven tegen de zeden een zo doeltreffend mogelijke strafrechtelijke bescherming te doen geworden;
> dat hieruit volgt, dat deze bepalingen ook de strekking hebben deze jeugdige personen te beschermen tegen verleiding, die mede van hen zelf kan uitgaan;
> dat blijkens het bestreden arrest req. zijn beroep op afwezigheid van alle schuld heeft gestaafd met de bewering, dat de getuigen (...) er uitzien als vrouwen, die den leeftijd van zestien jaar reeds een of meer jaren zijn gepasseerd, en dat deze getuigen, voordat hij de bewezenverklaarde feiten pleegde, desgevraagd een hogeren leeftijd dan vijftien jaar hebben opgegeven;
> dat, gelet op de bescherming welke als voormeld bepaaldelijk art. 245 Sr. beoogt te geven aan een vrouw, die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt, het doel van deze strafbepaling zou worden gemist, indien een verweer als hoger weergegeven haar toepassing zou vermogen uit te sluiten.'[215]

Twee aspecten in dit arrest zijn voor het voorliggende thema interessant.

Ten eerste wordt ook ten aanzien van art. 245 Sr aangenomen dat de leeftijd is geobjectiveerd. Dit is volgens de Hoge Raad het geval 'blijkens de wettelijk omschrijving'. De wettelijke omschrijving van art. 245 Sr was destijds, voor zover van belang, als volgt:

> Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met eene vrouw die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met (...).

Bijzonder is dat in deze redactie de delictsgedraging ('vleeschelijke gemeenschap hebben') voorafgaat aan de aanduiding van leeftijd, zoals ook in art. 249 lid 1 Sr het geval is. Ervan uitgaand dat de delictsgedraging niet zonder opzet kan worden gepleegd, is de geëxpliciteerde inhoud van deze delictsgedraging: 'opzettelijk vleeschelijke gemeenschap hebben'. In dat opzicht lijkt de tekst van de wet niet uit te sluiten dat dit opzet ook de daaropvolgende leeftijdsaanduiding raakt.[216] Daarom is niet onmiddellijk te begrijpen waarom de Hoge Raad hier aangeeft dat de objectivering reeds uit de wettelijke omschrijving volgt. Duidelijker zou dus zijn geweest wanneer de Hoge Raad ook de ratio van dergelijke delictsomschrijvingen erbij had betrokken (de bijzondere bescherming van jeugdigen) en had gewezen op fragmenten uit de wetsgeschiedenis die handvatten bieden voor de aanname dat de leeftijd hier is geobjecti-

---

215 HR 20 januari 1959, *NJ* 1959/102 m.nt. Pompe. In HR 20 januari 1959, *NJ* 1959/103 wordt nagenoeg hetzelfde overwogen, maar dan alleen met betrekking tot art. 247 Sr. In gelijke zin ook: HR 23 november 1971, *DD* 72.017.

216 Vgl. Simons/Pompe 1941, p. 194.

veerd.[217] In ieder geval is in de nieuwe redactie van art. 245 Sr (1991) de objectivering van de leeftijd geaccentueerd door de leeftijd vóór de delictsgedraging te plaatsen:

> Artikel 245 Sr
> Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met (...).

Het tweede bijzondere aspect in de Leeftijdsarresten betreft vanzelfsprekend de overwegingen over afwezigheid van alle schuld. Enerzijds sluit de Hoge Raad een succesvol beroep op avas niet principieel uit.[218] Anderzijds wordt erop gewezen dat de inhoud van avas niet voor elk delict identiek is, maar dat moet worden gekeken naar de aard en de strekking van de betreffende strafbepaling. Daarbij wordt in het kader van art. 245 en 247 Sr vastgesteld dat die artikelen een hoge mate van bescherming beogen te bieden, zelfs tegen de verleiding die van de jeugdigen zelf kan uitgaan. In dat licht zou volgens de Hoge Raad het doel van die bepalingen worden gemist indien voor het honoreren van avas al voldoende zou zijn dat de jeugdigen een ouder voorkomen hebben en dat zij, gevraagd naar de leeftijd, een hogere opgeven dan de werkelijke. Het feit dat de leeftijd in een zedendelict geobjectiveerd is, lijkt dus mee te brengen dat voor straffeloosheid alleen plaats is wanneer aan een zware zorgplicht is voldaan. Op dit punt wordt in de volgende paragraaf teruggekomen.

Dat de leeftijd niet alleen in art. 247 Sr, maar ook in art. 245 Sr aan het schuldverband is onttrokken, wordt door de Hoge Raad rond de eeuwwisseling bevestigd, nu naar aanleiding van de nieuwe, scherpere redactie van art. 245 Sr.[219] In datzelfde arrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat, 'naar uit de parlementaire geschiedenis moet worden afgeleid', de leeftijd in art. 240b Sr (kinderpornografie) eveneens is geobjectiveerd. De Hoge Raad geeft daarbij niet aan welke onderdelen van de parlementaire geschiedenis hij daarvoor relevant acht, maar aannemelijk is dat dit de onderdelen zijn waarin tot uitdrukking komt dat de wetgever ook in art. 240b Sr een ruime bescherming heeft willen aanbrengen, desnoods in weerwil van de wensen van de jeugdige

---

217 Bijvoorbeeld het gegeven dat in de ontwerpbepaling waarin de delicten tegen onmachtigen en delicten tegen jeugdigen nog samen waren opgenomen, alleen met betrekking tot de onmacht is uitgesproken dat de dader daarvan wetenschap zou moeten hebben (Smidt II, p. 308) en het gegeven dat deze beperking ook bevestiging vindt in de structuur van art. 247 Sr (vgl. Simons/Pompe 1941, p. 194). Voorts wordt ook wel gewezen op de opmerking, gemaakt bij de voorbereiding van het huidige art. 250 Sr, dat de 'exceptio ignorantiam' bij die bepaling 'evenmin als in andere bepalingen van dezen titel [kan] worden aangenomen' (Smidt II, p. 332; vgl. de conclusie van A-G Van Oosten voor HR 20 januari 1959, *NJ* 1959/102 m.nt. Pompe). Als deze opmerking impliceert dat dwaling omtrent de leeftijd moet zijn uitgesloten, dan lijkt dat te behelzen dat de wetgever ook geen opzet-eis aan de leeftijd heeft willen verbinden. Deze opmerking van de wetgever is thans achterhaald, omdat in de Leeftijdsarresten door de Hoge Raad wordt erkend dat avas de strafbaarheid in deze context kan wegnemen.

218 In zijn conclusie is A-G Van Oosten wel tot een uitsluiting van avas gekomen.

219 HR 21 april 1998, *NJ* 1998/782, m.nt. 't Hart.

zelf. Op deze onderdelen had de advocaat-generaal in zijn conclusie reeds gewezen, ter onderbouwing van zijn gelijkluidende standpunt dat de leeftijd als geobjectiveerd moet worden beschouwd.[220]

Ten slotte laat de Hoge Raad in 2010 doorschemeren dat ook de leeftijd in art. 244 Sr als geobjectiveerd moet worden beschouwd. In het betreffende arrest wordt opgekomen tegen 's hofs verwerping van een avas-verweer, waarbij het hof op grond van de wetsgeschiedenis de objectivering van de leeftijd in art. 244 Sr had aangenomen en dit ten grondslag had gelegd aan zijn oordeel. Volgens de Hoge Raad geeft de verwerping van het avas-verweer geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is zij ook niet onbegrijpelijk.[221] Overigens ligt het ook zonder dit arrest voor de hand om in art. 244 Sr een objectivering aan te nemen. Niet alleen wordt de leeftijd daarin thans vóór de delictsgedraging vermeld, ook blijkt uit zowel de wetsgeschiedenis als het verschil tussen art. 244 en 245 Sr dat de wetgever jeugdigen beneden de leeftijd twaalf jaar de meest verregaande bescherming heeft willen bieden tegen het ondergaan van een seksueel binnendringen.[222] Als de leeftijd in art. 245 Sr als geobjectiveerd wordt beschouwd, dan zou de objectivering dus a fortiori moeten gelden voor art. 244 Sr.

Uit de hiervoor behandelde jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat de leeftijd in art. 240b, 244, 245, 247 en art. 249 Sr is geobjectiveerd. Voor zover bekend heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten over de andere delicten in de onderhavige categorie: art. 248b en 250 lid 1 onder a° Sr.

Bij art. 248b Sr valt op dat de leeftijd daarin na de delictsgedraging wordt vermeld: 'hij die ontucht pleegt met iemand (...) die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt (...)'. In zoverre zou het opzet dat besloten ligt in 'ontucht plegen' ook op de leeftijd kunnen zijn betrokken. In de toelichting op het amendement dat tot invoering van art. 248b Sr heeft geleid, is niet op het schuldverband ingegaan.[223] De redactie van art. 248b Sr doet denken aan die van art. 245 (oud) Sr en 249 Sr (een leeftijdsaanduiding volgend op een delictsgedraging met ingeblikt opzet). Gezien de stelligheid waarmee de Hoge Raad een objectivering van de leeftijd in die bepalingen heeft aangenomen, lijkt reeds daarom aannemelijk dat de leeftijd in art. 248b Sr eveneens is geobjectiveerd. Voorts is een aanvullend argument gelegen in de context van het betreffende wetgevingstraject (de opheffing van het algemeen bordeelverbod). Eerder had de regering al voorgesteld om bij de invoering van art. 250a Sr (een voorloper van het huidige art. 273f Sr) daarin ook strafbaar te stellen: 'degene die opzettelijk voordeel trekt uit seksuele

220 A-G Machielse, verwijzend naar *Kamerstukken II* 1994/95, 23 682, nr. 5, p. 11 en *Kamerstukken I* 1994/95, 23 682, nr. 250b, p. 2. Dat bij art. 240b Sr het vereiste opzet nooit bepaalde leeftijdskenmerken hoeft te omvatten, is overigens twijfelachtig. Zie daarover paragraaf 2.4.3.5.

221 HR 9 februari 2010, *NJ* 2010/108.

222 Vgl. A-G Machielse in zijn conclusie voor het onderhavige arrest en voorts reeds Hazelhoff-Heemskerk-Polenaar 1890, aant. 2 bij art. 244 Sr; Simons/Pompe 1941, p. 194; Noyon/Langemeijer 1954, aant. 2 bij art. 244 Sr.

223 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 9 (amendement van het lid Barth).

handelingen van een ander met een derde tegen betaling, indien die ander minderjarig is' (art. 250a in lid 1, sub 5°; thans onderdeel van art. 273f lid 1 sub 8° Sr). In de memorie van toelichting werd expliciet aangegeven dat het opzet hierbij niet gericht hoefde te zijn op de minderjarige leeftijd.[224] Hoewel de objectivering in dit geval, anders dan in art. 248b Sr, ook door de formulering zelf wordt geïmpliceerd ('indien' lijkt een breuk in het schuldverband aan te geven), kan de stelling in de memorie van toelichting ervoor hebben gezorgd dat men later in het wetgevingstraject stilzwijgend van geobjectiveerde leeftijdsaanduidingen is blijven uitgaan.

In art. 250 lid 1 onder a° Sr stond het bestanddeel 'opzettelijk' tussen 1886 en 1911 nog vóór de leeftijdsaanduiding. Kort gezegd behelsde het delict toen: 'opzettelijk het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind teweegbrengen of bevorderen'. In 1911 is het bestanddeel 'opzettelijk' naar achteren verplaatst: 'het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind opzettelijk teweegbrengen of bevorderen'. Uit de betreffende wetsgeschiedenis blijkt niet waarom dit is gebeurd. In Noyon-Langemeijer-Remmelink wordt gesteld dat het opzet sinds 1911 alleen is betrokken op het teweegbrengen of bevorderen van het plegen van ontucht.[225] Dat lijkt inderdaad het gevolg van de wijziging te moeten zijn. Ten eerste kan uit de opvallende redactiewijziging worden afgeleid dat het kennelijk de bedoeling van de wetgever is geweest om de leeftijd in deze strafbaarstelling te objectiveren. De situatie vóór 1911 biedt steun voor deze opvatting; het bestanddeel 'opzettelijk' werd in 1886 juist bij amendement ingebracht om buiten twijfel te stellen dat de leeftijd binnen het schuldverband viel en dat ruimere schuldverband werd nadien door de rechtspraak bevestigd.[226] Ten tweede kan het schuldverband niet beperkt blijven tot 'opzettelijk teweegbrengen of bevorderen' (het slotonderdeel van de bepaling), omdat een dergelijke gedraging niet kan plaatsvinden zonder dat daarbij een notie bestaat van datgene wat teweeggebracht of bevorderd wordt. Voor een logisch schuldverband moet dus ook een onderdeel uit het ogenschijnlijk geobjectiveerde deel aan het begin van de bepaling bij het schuldverband worden betrokken ('het plegen van ontucht'). Een dergelijke verlenging van het schuldverband naar de voorkant van de delictsomschrijving vindt ook plaats bij art. 240b Sr (zie paragraaf 2.4.3.5).

Al met al blijkt dat de leeftijdsaanduiding in alle delictsomschrijvingen van de onderhavige categorie (delicten zonder specifiek schuldverband ten aanzien van de leeftijd) als geobjectiveerd kunnen worden beschouwd. Voor art. 240b, 244, 245, 247 en art. 249 Sr vloeit dit rechtstreeks voort uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Deze jurisprudentie verschaft op zichzelf al een zwaarwegend argument om ook voor de overige delicten (art. 248b en 250 lid 1 onder

224 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 3, p. 9.

225 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 250 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 1 februari 2005).

226 Zie Smidt II, p. 345-346. De betreffende rechtspraak wordt weergegeven in Van der Hoeven e.a. 1910, aant. 8 bij art. 250 Sr, waaronder HR 25 juni 1888, *W* 5587 en HR 25 april 1892, *W* 6175.

a° Sr) een objectivering aanwezig te achten, terwijl voor die objectivering tevens zelfstandige argumenten kunnen worden gevonden in de wetsgeschiedenis van deze bepalingen.

Overigens wordt in de feitenrechtspraak de geobjectiveerde leeftijd soms gegrond op de enkele stelling dat de wetgever heeft beoogd de minderjarigen ten aanzien van 'misdrijven tegen de zeden' een zo doeltreffend mogelijke strafrechtelijke bescherming te bieden.[227] Een dergelijke argumentatie houdt er echter geen rekening mee dat de wetgever bij evenzo veel zedenmisdrijven een vereiste van opzet of culpa ten aanzien van de leeftijd heeft geformuleerd. Op dit verschil wordt ingegaan in paragraaf 2.4.3.5.

2.4.3.4 Geobjectiveerde leeftijd en afwezigheid van alle schuld

Uit de bespreking van de Leeftijdsarresten is gebleken dat de verdachte altijd een beroep toekomt op afwezigheid van alle schuld in de gevallen dat de leeftijd in de delictsomschrijving is geobjectiveerd. Daarbij kwam echter ook naar voren dat voor honorering van een avas-verweer alleen plaats lijkt te zijn wanneer aan een zware onderzoeksplicht is voldaan. Dat een jeugdige een ouder voorkomen heeft en tegenover de verdachte – die naar de leeftijd informeert – een hogere leeftijd opgeeft dan de werkelijke, is op zichzelf niet voldoende. Uit recente jurisprudentie is op te maken dat deze hoge eisen nog steeds worden gehandhaafd door de Hoge Raad[228] en door de feitenrechter.[229] Ook komt naar voren dat de ruimte voor avas kleiner wordt geacht naarmate de leeftijd van het slachtoffer lager is[230], maar dat een jeugdige leeftijd van de verdachte nog niet meebrengt dat een wezenlijk andere maatstaf geldt.[231]

227 Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 29 juli 2004, *NJ* 2004/503 (ex-PSV directeur) voor de conclusie dat de leeftijd in art. 248b Sr als geobjectiveerd moet worden beschouwd.

228 Vgl. HR 9 februari 2010, *NJ* 2010/108. In deze zaak betrof het een veertienjarige, laagbegaafde jongen die gemeenschap had proberen te hebben met een elfjarig meisje (art. 45 jo. 244 Sr). Het hof stelde voorop dat hoge eisen worden gesteld aan het aannemen van avas. Vervolgens bestempelde het hof het leeftijdsverschil als groot en koppelde daaraan ook het verschil in ontwikkelings- en levensfase. Daarbij betrok het hof echter niet de lage begaafdheid van de verdachte, die later wel werd meegewogen bij de strafoplegging. Volgens de Hoge Raad gaf de verwerping van het avas-verweer geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was zij evenmin onbegrijpelijk. 'Anders dan in het middel wordt betoogd doet daaraan niet af dat de verdachte ten tijde van het tenlastegelegde en bewezenverklaarde feit veertien jaar was en noopte hetgeen het Hof in de strafmotivering omtrent de persoonlijkheid van de verdachte heeft vastgesteld, niet tot een nadere motivering', aldus de Hoge Raad.

229 Zie o.m. Hof Leeuwarden 29 april 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM3207; Rb. Zutphen 18 januari 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BP1182; Hof Amsterdam 15 april 2011; ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ1660; Rb. Rotterdam 8 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR0804; Rb. Utrecht 28 september 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU7204; Rb. Utrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV5037; Hof 's-Gravenhage 5 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8399; Rb. Midden-Nederland 27 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2615; Rb. Overijssel 19 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3530; Rb. Noord-Nederland 3 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:933.

230 Vgl. de conclusie van A-G Machielse voor HR 9 februari 2010, *NJ* 2010/108.

231 Zie o.m. HR 9 februari 2010, *NJ* 2010/108 (veertienjarige, laagbegaafde dader; zie de details hierboven, noot 228) en Rb. Arnhem 6 december 2005 ECLI:NL:RBARN:2005:AU8792 (een

Afgaand op de gepubliceerde jurisprudentie lijken geslaagde avas-verweren inderdaad een zeldzaamheid.[232] Bij de verwerping van avas-verweren wordt soms gewezen op het feit dat de verdachte heeft nagelaten een legitimatiebewijs van de betrokkene in te zien om deze op de leeftijd van de betrokkene en op echtheid te controleren.[233] Onvoldoende voor het aannemen van avas was ook dat de verdachte had gevraagd hoe oud de betrokkene was, dat deze had geantwoord twintig jaar te zijn en dat de verdachte daarover bevestiging had gekregen van de personen die de verdachte met de betrokkene in contact hadden gebracht, alvorens over te gaan tot het plegen van seksuele handelingen met de betrokkene.[234] Evenmin werd voldoende geacht dat de jeugdige een zeer gedetailleerd fictief leven om zichzelf had opgebouwd en dat met leugens ondersteunde, omdat dit, gelet op de beschermingsfunctie van de zedenbepaling, de verdachte nog niet ontsloeg van de verplichting deze details op echtheid te controleren.[235]

2.4.3.5 Geobjectiveerde leeftijd en toch relevant opzet op de leeftijd?

Inleiding

Bij delicten waarbij de leeftijd is geobjectiveerd, is het de vraag of het al dan niet bestaan van opzet op de leeftijd wel altijd als irrelevant ter zijde kan worden geschoven. Deze vraag doet zich met name voor in gevallen waarin de verdachte wordt verweten zich schuldig te hebben gemaakt aan overtreding van art. 240b, 245, 247, 248b Sr.

---

twaalfjarige dader met een halfjaar jonger slachtoffer van elf jaar; de rechtbank verwierp het beroep op rechtsdwaling met de stelling dat van een twaalf jarige wordt geacht dat deze kan inzien dat bepaalde handelingen niet mogen).

232 Met zoekslagen als ‘afwezigheid van alle schuld’, ‘avas’, ‘dwaling’ en verbuigingen daarvan, kwamen in de voorliggende studie slechts twee uitspraken bovendrijven: Rb. Rotterdam 24 november 1960, *NJ* 1961/400 en Rb. Alkmaar 25 maart 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BM2844. Opmerkelijk detail in de Rotterdamse zaak uit 1960 (art. 247 Sr) is dat de rechtbank met inachtneming van de Leeftijdsarresten toch geen verwijtbaarheid aannam omdat de rechtbank ook uit eigen waarneming had vernomen dat de jeugdige – die als getuige was gehoord – er uitzag als een vrouw en niet als iemand jonger dan zestien jaar. In de Alkmaarse zaak uit 2010 achtte de rechtbank in het kader van art. 240b Sr aannemelijk dat het toeval was dat een oude film met enkele kinderpornografische scènes zich tussen de duizenden andere (normale) films en foto’s van verdachte bevond. Ten slotte kan worden opgemerkt dat de rechter de verwijtbaarheid met betrekking tot de leeftijd van het slachtoffer soms ook anders verwerkt. Zo liet de rechter in Rb. Zwolle-Lelystad 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU3284 bij de beoordeling van ‘ontucht’ en van de daarmee samenhangende vraag of sprake is van een ‘gering leeftijdsverschil’ meewegen dat de verdachte enigszins gegronde aanleiding had om te veronderstellen dat het slachtoffer zestien jaar was, terwijl zij in werkelijkheid veertien jaar was (in min of meer gelijke zin: Rb. Overijssel 11 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1407).

233 Vgl. Rb. Zutphen 18 januari 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BP1182; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3782; Rb. Rotterdam 4 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6326 (art. 248b Sr).

234 Hof ’s-Gravenhage 5 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8399 (impliciet).

235 Rb. Utrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3027 en ECLI:NL:RBUTR:2012:BV5037.

Art. 240b Sr

Zoals hiervoor is besproken, heeft de Hoge Raad voor art. 240b Sr (kinderpornografie) bepaald dat de leeftijd daarin is geobjectiveerd.[236] Tevens blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat in de delictsgedragingen in art. 240b Sr ('in bezit hebben' etc.) opzet ligt besloten. Daarvoor is redengevend dat het een misdrijf betreft en geen culpa-bestanddelen zijn opgenomen.[237] Het gevolg van dit opzetvereiste voor bijvoorbeeld het 'in bezit hebben' van kinderpornografie is dat volgens de Hoge Raad uit de gebezigde bewijsmiddelen moet kunnen worden afgeleid dat het opzet van de verdachte – al dan niet in voorwaardelijke vorm – was gericht op het in het bezit hebben van de in de bewezenverklaring opgenomen afbeeldingen.[238] Het opzet dat besloten ligt in 'in bezit hebben' (opgenomen aan het einde van art. 240b Sr) werkt dus terug op eerdere bestanddelen in de delictsomschrijving.

Wanneer het voorgaande in acht wordt genomen, lijkt daaruit te volgen dat het opzet van de verdachte alleen hoeft te zijn gericht op het *seksueel* karakter van de afbeelding (de 'seksuele gedraging'), en niet op het *kinderpornografisch* karakter daarvan (een seksuele gedraging 'waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken'). De werking van deze zeer ruime strafbaarstelling wordt dan in beginsel alsnog ingeperkt door de mogelijkheid om daar waar de verdachte geen blaam treft, afwezigheid van alle schuld aan te nemen.

Toch zijn er veel bronnen die aanleiding geven aan deze conclusies te twijfelen. Uit deze bronnen rijst het vermoeden dat onder omstandigheden een besef van de leeftijd van de afgebeelde persoon toch essentieel is.

De genoemde twijfel wordt allereerst veroorzaakt door de arresten HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/479, HR 28 februari 2006, *NJ* 2006/179 en HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1713. Deze arresten wekken de indruk dat het opzet van de verdachte toch op het kinderpornografisch karakter van de afbeelding betrokken moet zijn, althans op enigerlei wijze verder moet reiken dan het enkele seksuele karakter van de foto's. Die indruk wordt versterkt door de conclusies van de advocaten-generaal voor de twee laatstgenoemde arresten. In zijn conclusie voor *NJ* 2006/179 geeft A-G Knigge aan dat de ver-

236 HR 21 april 1998, *NJ* 1998/782, m.nt. 't Hart.

237 HR 28 februari 2006, *NJ* 2006/179. De Hoge Raad beperkte zijn oordeel tot het in deze zaak betreffende 'in bezit hebben', maar gezien het feit dat het aannemen van een ingeblikt opzet werd gebaseerd op het misdrijf-karakter van art. 240b Sr, lijkt dit op te gaan voor alle daarin opgenomen delictsgedragingen. Bij de invoering van de delictsgedraging 'in bezit hebben' (in werking getreden op 1 oktober 2002) is het opzettelijke karakter daarvan overigens ook besproken in de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 16). Bij de latere invoering van de delictsgedraging 'zich de toegang verschaffen' (in werking getreden op 1 januari 2010) is door de wetgever eveneens uitdrukkelijk overwogen dat dit een opzettelijke gedraging weergeeft (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 4 en nr. 7, p. 2).

238 HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/479; HR 28 februari 2006, *NJ* 2006/179; HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1713.

dachte op zijn minst voorwaardelijk opzet moet hebben op het in bezit hebben van *kinderpornografisch* materiaal, en verwijst daarbij naar *NJ* 2001/479.[239] A-G Aben zich in soortgelijke bewoordingen uit in zijn conclusie voor het genoemde arrest uit 2010, onder verwijzing naar *NJ* 2006/179:

> 'Bezit veronderstelt bovendien opzet. In dit verband wil dat zeggen: wetenschap (1) van het bestaan van de gegevensdrager en het bestand, (2) van de beschikking die men daarover heeft, en (3) van de kinderpornografische aard van de betreffende afbeelding. Voorwaardelijk opzet is daarbij - telkens - voldoende.
> Het downloaden van bestanden die afbeeldingen bevatten waarvan de naamgeving over het karakter van die afbeeldingen weinig twijfel laat bestaan, is een bewuste blootstelling aan de aanmerkelijke kans dat men aldus kinderpornografisch materiaal binnenhaalt.'[240]

In 2009 gaf de minister er al van blijk van dezelfde conclusies te trekken uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Op grond van *NJ* 2001/479 en *NJ* 2006/179 kwam hij voor de op dat moment nieuw in te voeren delictsgedraging 'zich de toegang verschaffen' tot de volgende slotsom over het daarin besloten liggende opzet:

> 'Iemand die zich er niet van bewust is of zich niet bewust is van de aanmerkelijke kans dat hij zich toegang verschaft tot kinderpornografie, is dus niet strafbaar'.[241]

Ten slotte wijst het commentaar op art. 240b Sr van Machielse in Noyon-Langemeijer-Remmelink in dezelfde richting:

> 'In ieder geval is voorwaardelijk opzet voldoende. Wanneer men bijvoorbeeld van het internet afbeeldingen van sites met aanduidingen als 'sex.pre-teens!' en 'erotica.preteen' downloadt stelt men zich bewust bloot aan de aanmerkelijke kans dat men aldus kinderpornografisch materiaal op de harde schijf opslaat.'[242]

In 2014 geeft A-G Harteveld in een conclusie aan dat dergelijke opmerkingen in zijn ogen inderdaad voor verwarring kunnen zorgen in relatie tot de geobjectiveerde leeftijd bij art. 240b Sr. Volgens Harteveld wordt met deze opmerkingen evenwel nog niet geïmpliceerd dat het opzet van de verdachte alsnog de minderjarigheid van de betrokkene omvat. De opvatting dat het opzet van de verdachte mede gericht dient te zijn op het kinderpornografische aard van de afbeelding – een opvatting die hij deelt – duidt hij als volgt.[243]

Volgens Harteveld dient onderscheid te worden gemaakt tussen opzet op de minderjarigheid van de afgebeelde persoon en opzet op de aard van de afbeelding. In tegenstelling tot het opzet op de minderjarigheid, wordt het opzet op de aard van de afbeelding door art. 240b Sr wel vereist. Dat is ver-

---

239 Zie overweging 12. Deze strekking is eveneens goed terug te zien in zijn conclusie voor HR 11 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6316.

240 Zie overweging 3.3 in zijn conclusie voor HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1713.

241 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 7, p. 2 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31 808, C, p. 4.

242 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 6 bij art. 240b Sr (bewerkt door A.J. Machielse en bijgewerkt tot 26 mei 2014; voetnoten weggelaten).

243 Zie zijn conclusie voor HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3304.

vuld wanneer de verdachte 'zich in meerdere of mindere mate bewust is geweest' van de aard van de afbeelding, aldus Harteveld.[244] Volgens hem is dat het geval wanneer de verdachte zich in meerdere of mindere mate ervan bewust is geweest dat het ging om een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind betrokken was.[245]

De juistheid van Hartevelds analyse kan niet goed worden gestaafd door de beslissing van de Hoge Raad in de betreffende zaak; de Hoge Raad deed de zaak af met art. 81 RO.[246] In ieder geval maakt Harteveld bij art. 240b Sr kennelijk principieel onderscheid tussen (i) opzet op de minderjarigheid en (ii) 'zich er min of meer van bewust zijn dat het een kind betreft'. De strekking van dit onderscheid zien wij niet onmiddellijk in, zeker niet wanneer wordt aangenomen dat van de verdachte die zich er min of meer van bewust is dat de afgebeelde een kind betreft, doorgaans ook gezegd zal kunnen worden dat hij voorwaardelijk opzet had op de minderjarigheid van de afgebeelde. Wellicht bedoelt Harteveld onderscheid aan te brengen tussen het geval waarin de verdachte zich in het geheel niet had beseft dat hij de betreffende afbeelding in bezit had, en het geval waarin de verdachte het bezit van de afbeelding erkent maar de leeftijd anders inschatte. Degene die het bezit van de afbeelding niet heeft beseft, heeft doorgaans ook geen besef van de aard van de afbeelding. De voorwaarde die door Harteveld wordt beschreven, zou er dus toe kunnen dienen de gevallen waarin de verdachte geen idee had dat hij een afbeelding met dergelijke kenmerken in bezit had, al op bestanddeelniveau buiten het strafrecht te houden.

Complicerend is niettemin dat een conclusie van A-G Machielse enkele jaren eerder, deze visie lijkt te bestrijden, terwijl de Hoge Raad ook daar de zaak afdeed met art. 81 RO. Machielse overwoog het volgende (cursivering toegevoegd):

> '5.2. *Ter terechtzitting van het hof heeft de verdediging niet het in bezit hebben van de afbeeldingen maar wel het opzet op het kinderpornografisch karakter van de afbeeldingen betwist.* Verdachte en zijn raadsman hebben aangevoerd dat verdachte zich alleen interesseerde voor de kleding en lingerie op de foto's. *Ook heeft verdachte verklaard dat hij nooit de intentie heeft gehad kinderporno in bezit te hebben en dat hij evenmin heeft vermoed dat de foto's als kinderporno konden worden beschouwd.* Hij is zich, in de woorden van zijn raadsman, van geen kwaad bewust geweest.
> *Volgens de steller van het middel kan uit de gebezigde bewijsmiddelen niet volgen dat het (voorwaardelijk) opzet van verdachte was gericht op het in bezit hebben van kinderpornografische beelden, althans is het impliciete oordeel van het hof dit het geval is geweest ontoereikend gemotiveerd.*
>
> 5.3. Het hof heeft de bewezenverklaring onder meer doen steunen op de verklaring van verdachte, dat hij zijn computer gebruikte om op "seksueelachtige sites" te komen en plaatjes te kijken en te downloaden, waarbij het hem met name ging

---

244 Overweging 6.2.

245 Overweging 6.3.

246 Natuurlijk kan de keuze voor art. 81 RO wel íets zeggen over de juistheid van Hartevelds analyse. Het probleem is evenwel dat de Hoge Raad ook tot de toepassing van art. 81 RO is gekomen bij een conclusie van Machielse die van een andere rechtsopvatting lijkt uit te gaan. Zie daarover dadelijk.

> om foto's van kinderen, bijvoorbeeld in lingerie, waarvan hij opgewonden raakt (bewijsmiddel 3). Hieruit blijkt dat verdachte bewust via pornosites voor hem seksueel opwindende foto's van kinderen heeft gedownload - en dat het hem niet in de eerste plaats was te doen om de (vaak schaarse) kleding op de foto's. *Het hof heeft dan ook uit dit bewijsmiddel kunnen afleiden dat verdachte niet alleen weet had van het bestaan van de afbeeldingen en van zijn beschikkingsmacht daarover, maar ook van hun kinderpornografisch karakter, althans willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de gedownloade afbeeldingen onder kinderporno moeten worden geschaard.*
> Derhalve faalt het middel.'[247]

Dat er opzet dient te zijn op het kinderpornografisch karakter wordt hier door Machielse geformuleerd als zelfstandig vereiste, naast het 'weet hebben van het bestaan van de afbeelding' en het hebben van beschikkingsmacht. Voorts formuleert Machielse de betreffende opzeteis ook als het willens en wetens aanvaarden dat de afbeelding onder kinderporno moeten worden geschaard. Dat oogt strenger dan Hartevelds eis ('in meerdere of mindere mate zich ervan bewust zijn dat het gaat om een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij een kind betrokken is'). Machielse en Harteveld lijken in dat op zicht uit te gaan van verschillende rechtsopvattingen.

Al met al lijkt er dus een verwarrend totaalbeeld te zijn ontstaan. In onze ogen is het dan ook een gemiste kans dat de Hoge Raad de kwestie in 2015 niet tot klaarheid heeft gebracht, maar voor een derde keer in korte tijd voor art. 81 RO opteerde.[248] Bij deze zaak werd het onderhavige opzet ter discussie gesteld en bezigde in dit geval A-G Vegter termen die duiden op een relevant opzet op het kinderpornografisch karakter.[249]

Op basis van deze omstandigheden kan vooralsnog niet verder worden gekomen dan de conclusie dat de leeftijd van de afgebeelde jeugdige in beginsel is geobjectiveerd, maar dat in bepaalde gevallen moet komen vast te staan dat het opzet van de verdachte mede het kinderpornografisch karakter van de afbeelding omvatte.

Art. 245, 247 en 248b Sr

Iets soortgelijks speelt bij 'ontucht plegen' in de zin van art. 247 Sr. In paragraaf 2.4.3.3 is aan de orde geweest dat de objectivering van de leeftijd daarin al meerdere keren door de Hoge Raad is bevestigd. Niettemin blijkt uit de jurisprudentie dat in 'ontucht plegen' opzet ligt besloten en dat dit opzet zich ook uitstrekt tot het ontuchtige karakter. Dit laatste lijkt niet alleen het seksuele karakter te omvatten maar ook (wat thans wordt aangeduid als) de strijdigheid met de sociaal-ethische norm.[250] Enerzijds is de leeftijd in art. 247 Sr

---

247 Zie zijn conclusie voor HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9599.

248 HR 30 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1763.

249 Zie de conclusie van A-G Vegter, overwegingen 9.4 en 10.1-10.6.

250 HR 24 oktober 1898, *W* 7194; HR 27 mei 1931, *NJ* 1931, p. 1040, m.nt Pompe; HR 14 oktober 1986, *DD* 87.081. In dezelfde zin: A-G Jörg in zijn conclusie voor HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376 m.nt Keijzer (o. 18). In het arrest uit 1898 wordt nog gesproken van 'opzet of

geobjectiveerd, maar anderzijds zijn er dus bronnen op grond waarvan kan worden aangenomen dat de verdachte ten minste bewust de aanmerkelijke kans moet hebben aanvaard dat zijn handelingen een seksueel karakter droegen en in strijd waren met de heersende sociaal-ethische norm. Hoewel hierin een tegenstrijdigheid kan worden bespeurd, hoeft dit in het concrete geval geen spanning op te leveren. In veel situaties zal dit opzet al uit de handeling zelf kunnen worden afgeleid, zoals het geval dat een man de hand van een klein kindje vastpakt en door de geopende gulp in zijn broek brengt.[251]

In andere situaties is evenwel denkbaar dat iemand er daadwerkelijk volledig van was overtuigd dat de jeugdige iets ouder of zelfs aanzienlijk ouder was dan vijftien jaar. Dat gegeven is op zichzelf, zoals bleek, apert onvoldoende voor het aannemen van afwezigheid van alle schuld, maar het lijkt processueel wel in een eerder stadium al te kunnen voorkomen dat de gedraging wordt bewezen verklaard en gekwalificeerd als 'ontucht plegen met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren'. Hierbij komt het ook aan op de invulling van 'handelen in strijd met de sociaal-ethische norm'. Dergelijk handelen kan worden gekoppeld aan het strafwaardige gehalte van het gedrag, maar kan ook abstracter worden ingevuld als 'maatschappelijk ongewenst gedrag'. Deze laatste visie laat toe dat een zestigjarige man die seksuele handelingen ver-

---

eene bedoeling'. In het arrest uit 1986 wordt dit verduidelijkt. Art. 247 Sr eist niet zodanige bedoeling dat het betasten als oneerbaar of ontuchtig moet worden aangemerkt, maar strafrechtelijk opzet, dus ten minste het kennis hebben van de aanmerkelijke kans dat de handeling strijdt met het geslachtelijk schaamtegevoel; aldus de conclusie van de advocaat-generaal waarnaar de Hoge Raad verwijst. Het begrip 'in strijd met het geslachtelijk schaamtegevoel' was ook toen méér dan alleen een seksuele handeling en heeft zich later ontwikkeld tot 'in strijd met de sociaal-ethische norm'. In dit verband is onduidelijk wat in Noyon-Langemeijer-Remmelink wordt bedoeld met de volgende samenvatting van het arrest uit 1986: 'Niet vereist is (...) dat het opzet van de dader was gericht op de ontuchtigheid van de handelingen. Voldoende is dat hij wist of dat hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat zij in strijd waren met het geslachtelijk schaamtegevoel.' Zie Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 245 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Het begrip 'opzet' kan in deze samenvatting zijn gebezigd in de zin van *on*voorwaardelijk opzet. Het kan ook zijn dat een fundamenteel verschil wordt gezien tussen ontuchtig handelen en handelen in strijd met het seksueel schaamtegevoel. 'Handelen in strijd met het seksueel schaamtegevoel' zou kunnen zijn gelijkgesteld aan 'seksueel handelen'. Dat lijkt echter moeilijk verdedigbaar; vgl. wederom A-G Jörg in zijn conclusie voor HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376 m.nt Keijzer (o. 18). Ten slotte is mogelijk dat, in de geciteerde samenvatting, in 'handelen in strijd met het seksueel schaamtegevoel' een minder diskwalificerend seksueel handelen wordt gezien dan in 'ontuchtig handelen'. Dat zou historisch kunnen passen (vgl. hiervoor en voorts Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 246 Sr; bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Maar wanneer het opzet dan toch op 'handelen in strijd met het seksueel schaamtegevoel' moet zijn gericht, brengt dat nog steeds mee dat het opzet iets diskwalificerend, iets slechts omvat. Ook dat negatieve kenmerk zal in veel gevallen alleen uit de leeftijd kunnen blijken. Zie voor bevestigingen in andere contexten dat 'ontucht plegen' of 'ontuchtige handelingen plegen' opzettelijk ontuchtig handelen omvat: HR 13 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4825 (art. 246 Sr); HR 17 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5612 (art. 249 Sr); HR 25 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5563 (art. 246 Sr); A-G Aben in zijn conclusie voor HR 14 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4396 (o. 4.2.1; ten aanzien van het delict tegen onmachtigen in art. 247 Sr).

251 HR 24 oktober 1898, *W* 7194.

richt met een vijftienjarig meisje van wie hij zeker denkt te weten dat zij zestien is, nog steeds 'opzettelijk ontuchtig' handelt, omdat als feit van algemene bekendheid zou kunnen worden aangemerkt dat ook seks tussen een zestigjarige man en een *zestienjarig* meisje als maatschappelijk ongewenst wordt gezien. In dat opzicht kan dus de overtuiging dat iemand seksueel meerderjarig is en dat geen sprake is van strafbaar gedrag, toch leiden tot strafrechtelijk relevant opzet. Maar ook bij deze ruimere invulling van de ontuchtigheid zal het opzet daarop moeilijker zijn aan te nemen bij consensuele handelingen tussen personen die minder van leeftijd verschillen.

Wat zojuist is behandeld met betrekking tot art. 247 Sr zou ook kunnen gelden voor art. 245 en 248b Sr, gezien de daarin opgenomen delictsgedragingen 'ontuchtige handelingen plegen' respectievelijk 'ontucht plegen'.[252] Indien ook hier in het schuldverband ligt besloten dat ten minste voorwaardelijk opzet op het ontuchtige karakter moet bestaan, bieden deze bepalingen eveneens opvallende voorbeelden waarin het benodigde opzet ontbreekt. Daarbij kan in het kader van art. 245 Sr worden gedacht aan de twintigjarige jongen die gemeenschap heeft met een vijftienjarig meisje van wie hij overtuigd is dat zij achttien is. De vraag is of van deze jongen wel kan worden gezegd dat hij *opzettelijk ontuchtige* handelingen heeft gepleegd die bestonden uit een seksueel binnendringen.

Ook kunnen zich in het onderhavige schuldverband dezelfde grenssituaties voordoen als die zojuist bij art. 247 Sr zijn besproken. Zo overwoog de Rechtbank Overijssel in 2013 in een zaak over jeugdprostitutie (art. 248b Sr): 'Hoewel de rechtbank aannemelijk acht dat verdachte in de veronderstelling verkeerde dat het slachtoffer meerderjarig was, staat deze omstandigheid een bewezenverklaring niet in de weg'.[253] De rechtbank grondde dit oordeel op het geobjectiveerd zijn van de leeftijd in art. 248b Sr. Toch heeft de rechtbank, door te komen tot een bewezenverklaring en kwalificatie, aangenomen dat de verdachte 'ontucht heeft gepleegd' met een minderjarige prostituee. Als tot uitgangspunt wordt genomen dat het opzet ook op de ontuchtigheid moet zijn gericht, kan het volgende over de overweging van de rechtbank worden gezegd. Seks met een jonge meerderjarige prostituee (van deze omstandigheid ging de verdachte kennelijk uit) zou, hoewel thans niet strafbaar, toch in strijd met de sociaal-ethische norm kunnen worden geacht. Vanuit dit perspectief is de overweging van de rechtbank niet problematisch; de veronderstelling dat de prostituee meerderjarig was sluit het opzet op de ontuchtigheid niet uit. Indien in het huidige stelsel van zedendelicten het niet voor mogelijk wordt gehouden dat ten aanzien van meerderjarigen ontuchtig kan worden gehandeld, dan is de overweging wel problematisch. De rechtbank achtte immers aannemelijk dat de verdachte in de veronderstelling verkeerde dat de prosti-

---

252 In dit verband kan ook art. 249 lid 1 Sr worden genoemd, al zal in die context onwetendheid met betrekking tot de echte leeftijd veel minder vaak voorkomen.

253 Rb. Overijssel 19 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3530.

tuee meerderjarig was, wat in deze constellatie aangeeft dat zijn opzet juist op iets niet-ontuchtigs was gericht.[254]

Afsluiting

Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad kan in art. 240b en 247 Sr een duidelijke spanning worden geconstateerd tussen de geobjectiveerde leeftijd en het resterende schuldverband. Ondanks een geobjectiveerde leeftijd schijnt het opzet op de leeftijd er in een aantal gevallen toch toe te doen. De jurisprudentie en de daaruit voortvloeiende moeilijkheden zouden ook van toepassing kunnen zijn op andere bepalingen waarin de leeftijd is geobjectiveerd. Toch moet hier de kanttekening worden gemaakt dat deze spanning – een geobjectiveerde leeftijd versus een schuldverband dat ook een leeftijdscomponent omvat – door de Hoge Raad nooit als zodanig is geanalyseerd. Zou dit thema in cassatie op scherp komen te staan, dan valt op voorhand moeilijk te zeggen hoe de Hoge Raad daarover zal oordelen. Het is niet ondenkbaar dat het opzet wordt beperkt tot het seksuele karakter van de afbeeldingen dan wel gedragingen, om de bescherming van jeugdigen te laten prevaleren.[255] Uit de huidige jurisprudentie kan dat evenwel niet zonder meer worden afgeleid.

2.4.3.6 Waarom ook uitdrukkelijk niet-geobjectiveerde leeftijden?

In art. 240a, 248a, 248c, 248d, 248e, 248f en 250 lid 1 sub b° Sr heeft de wetgever een apart schuldverband ten aanzien van de leeftijd opgenomen, zoals ‘een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt’ (art. 248e Sr) of ‘een minderja-

254 Hier wordt ten behoeve van het voorbeeld ervan uitgegaan dat de door de rechtbank gehanteerde uitdrukking ‘in de veronderstelling verkeren dat iemand meerderjarig is’ tevens uitsluit dat voorwaardelijk opzet op de minderjarigheid bestaat. Of dat daadwerkelijk zo is, hangt af van de eigen invulling van ‘in de veronderstelling verkeren’. Voor de bedoeling van het voorbeeld maakt dat evenwel niet uit.

255 Dit is kennelijk de systematiek die A-G Harteveld voorstaat in zijn conclusie voor HR 18 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3304 (o. 6.2-6.3). Hij acht het een logisch uitgangspunt dat bij zedendelicten geen opzet op het wederrechtelijk karakter van de gedraging wordt geëist, gezien de systematiek van het commune strafrecht en de beschermende strekking van de zedendelicten. Een dergelijk opzet zou ook slecht te plaatsen zijn, omdat dan het particulier normbesef de voorrang zou krijgen boven hetgeen in de ogen van de wetgever als strijdig met de sociaal-ethische norm moet worden beschouwd, aldus Harteveld. Naar onze mening wordt bij deze opvatting er wel aan voorbijgegaan dat in het commune strafrecht het schuldverband bij doleuse delicten in de regel een betrekkelijk hoog onrechtsgehalte heeft (‘opzettelijk van het leven beroven’, ‘mishandelen’, ‘dwingen’). En zelfs daar waar het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ is opgenomen, is het dikwijls niet geobjectiveerd, ook niet wanneer het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ aan het opzet voorafgaat (zie voor dit laatste HR 13 september 2005, *NJ* 2006/234 ter zake van art. 284 Sr). Tegen deze achtergrond zou de sterke beperking van het schuldverband in de besproken zedendelicten (waardoor het schuldverband de facto van zijn intrinsieke onrechtsgehalte zou worden ontdaan) dus weliswaar kunnen worden gegrond op de beschermingsgedachte, maar systematisch en rechtsstatelijk moet het in onze ogen een bijzonderheid worden genoemd.

rige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden' (art. 250 lid 1 sub b° Sr).

Voor beantwoording van de vraag waarom dit opvallende onderscheid bestaat tussen deze delicten en de overige zedendelicten tegen jeugdigen – een vraag die juristen al langer bezighoudt[256] – biedt de wetsgeschiedenis van zedendelicten als geheel niet veel concrete aanknopingspunten.[257] Bij de implementatie van het Verdrag van Lanzarote trad deze kwestie in ieder geval op de voorgrond, met betrekking tot het voornemen om art. 248d en 248e Sr in te voeren. Naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel vroeg het openbaar ministerie zich in zijn advies af waarom ervoor was gekozen om de leeftijdsaanduiding te koppelen aan opzet ('weten') of culpa ('redelijkerwijs moeten vermoeden'). Volgens het OM was het bewijzen van 'weten' of van 'redelijkerwijs moeten vermoeden' soms problematisch en zou bovendien voorkomen moeten worden dat de verdachte zich bij dergelijke delicten kon verweren met een beroep het ontbreken van opzet ten aanzien van de leeftijd van het slachtoffer. Het OM adviseerde daarom de leeftijd in de voorgestelde bepalingen (art. 248d en 248e Sr) te objectiveren, zoals dat in veel andere zedendelicten was gedaan, ook bij die met een grens van zestien jaar.

In de memorie van toelichting werd op dit advies van het OM als volgt gereageerd:

> 'In de voorgestelde delictsomschrijving is wetenschap bij de dader ten aanzien van de leeftijd van het slachtoffer geen noodzakelijke voorwaarde. Voldoende is dat betrokkene in het gegeven geval had behoren te weten dat het slachtoffer de leeftijd van zestien jaren nog niet had bereikt. Gelet op de ratio van de strafbaarstelling, te weten een doeltreffende strafrechtelijke bescherming van het kind, moet het bestanddeel «redelijkerwijs moeten vermoeden» in mijn ogen ruim worden uitgelegd. De gekozen formulering sluit aan bij bestaande bepalingen uit de zedelijkheidswetgeving waarin het bestanddeel «weten of redelijkerwijs moeten vermoeden» wordt gebezigd, bijvoorbeeld artikel 248a Sr. Ten aanzien van deze bepalingen hebben mij geen concrete signalen uit de rechtspraak bereikt waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het bestanddeel «redelijkerwijs moeten vermoeden» tot een minder ruime bescherming van het slachtoffer zou leiden dan bij delicten waarin de leeftijd van het slachtoffer is geobjectiveerd. Ten aanzien van de stelling van het OM dat met het objectiveren van de leeftijd discussies over het de verdachte te maken verwijt ten aanzien van de leeftijd van het slachtoffer zouden kunnen worden vermeden, wijs ik erop dat de verdachte in dat geval een beroep zou kunnen doen op afwezigheid van alle schuld. Daarmee zou dezelfde discussie op het niveau van de strafuitsluitingsgronden worden gevoerd. Een dergelijk verweer zou door de rechter gemotiveerd moeten worden verworpen.
> Mochten mij signalen bereiken dat de voorgestelde delictsomschrijving in de praktijk tot bewijsproblemen leidt, dan zal ik de delictsomschrijving op dit punt alsnog bezien.'[258]

256 Vgl. o.m. Noyon 1912, aant. 3 op art. 248bis Sr; Van Bemmelen/Van Hattum 1954, p. 468.

257 Zo blijkt ten aanzien van art. 250 lid 1 sub b° Sr bijvoorbeeld wel dat het specifieke schuldverband in 1911 is opgenomen naar aanleiding van een daartoe strekkend amendement, maar voor zowel het amendement als het overnemen daarvan ontbreken duidelijke redenen in de parlementaire stukken (zie *Handelingen II* 1910/11, 1 maart 1911, p. 1568-1569). Vgl. Simons/Pompe 1941, p. 208.

258 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 9-10.

Bij de schriftelijke voorbereiding vroeg het CDA om een nadere toelichting op de stelling in de memorie van toelichting dat bij een geobjectiveerde leeftijd het voor een verdachte nog steeds mogelijk zou zijn om een beroep te doen op afwezigheid van alle schuld. In de nota naar aanleiding van het verslag ging de minister hierop in:

> 'Wanneer in een delictsomschrijving de leeftijd van het slachtoffer is geobjectiveerd, behoeft niet te worden bewezen dat de dader weet heeft van de leeftijd van het slachtoffer of deze leeftijd redelijkerwijs heeft moeten vermoeden. Een verdachte die ter verdediging wil aanvoeren dat hij verontschuldigbaar heeft gedwaald met betrekking tot de leeftijd van het slachtoffer zal dat echter hoe dan ook doen. Voor deze verdachte bestaat de mogelijkheid tot een beroep op de ongeschreven strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld. In het strafrecht geldt immers het uitgangspunt geen straf zonder schuld. Dat betreft dus ook de geobjectiveerde bestanddelen. De rechter zal op dat verweer moeten reageren.'[259]

Volgens de minister is dus aansluiting gezocht bij art. 248a Sr en andere zedendelicten die ten minste culpa eisen ten aanzien van de leeftijd. Voor een doeltreffende strafrechtelijke bescherming van het kind moet deze culpa ('redelijkerwijs moeten vermoeden') in zijn ogen ruim worden uitgelegd. Dat brengt hem ertoe het verschil klein te achten tussen de aanwezigheid van culpa enerzijds en de aanwezigheid van voldoende schuld voor het ontbreken van avas anderzijds, of, algemener gezegd, tussen delicten waarin de leeftijd wel en delicten waarin de leeftijd niet is geobjectiveerd. Daarmee wordt het verschil dus ogenschijnlijk getrivialiseerd.

Machielse is van mening dat de minister het verschil tussen delicten waarin de leeftijd wel en delicten waarin de leeftijd is geobjectiveerd hier niet goed inschat. Naar aanleiding van de overwegingen van de minister merkt hij op:

> '[Uit] de rechtspraak blijkt dat een beroep op avas ten aanzien van de geobjectiveerde leeftijd van het slachtoffer van een zedendelict moet worden beoordeeld met het oog op het doel van de strafbepaling. Dat betekent dat de objectivering van dit bestanddeel de jeugdige beter beschermt dan wanneer de delictsomschrijving toch eist dat de dader wist of redelijkerwijs moet vermoeden dat de ander jonger was dan bijvoorbeeld 16 jaar.'[260]

Machielse verwijst onder meer naar de Leeftijdsarresten, waaruit blijkt dat de ruimte voor avas kleiner kan worden geacht naarmate de bescherming van het kind er meer om vraagt. Hij acht dit mechanisme – het rekening kunnen houden met het doel van de strafbepaling – doorslaggevend voor het oordeel dat geobjectiveerde leeftijden meer bescherming bieden. Inderdaad lijkt dat mechanisme meer bescherming te kunnen bieden dan het vereisen van culpa, waarmee grove, aanmerkelijke schuld wordt uitgedrukt.[261] Toch lijkt de minister juist aan dit uitgangspunt te willen sleutelen, in zoverre dat ook de ver-

259 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 7, p. 5.
260 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 2 bij art. 248d Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014)
261 Vgl. De Hullu 2012, p. 254.

eiste schuldgraad voor culpa moet kunnen worden verlaagd met het oog op het doel van de strafbepaling. De vraag is of dit ook gerealiseerd kan worden.

Voor zover de minister een delictsafhankelijke invulling van de culpa voorstaat waarbij voor de zedendelicten kan worden volstaan met een culpaschuldgraad die gelijk is aan de schuldgraad die nodig is voor het afwijzen van avas, is het de vraag of de rechter daarin zal meegaan, gezien het uithollend en divergerend effect daarvan.[262] Voor zover de minister slechts wil dat de lat voor culpa bij de zedenbepalingen lager wordt gelegd, lijkt daarvoor in wetshistorisch opzicht wel degelijk ruimte. In de jaren dertig van de vorige eeuw heeft de wetgever voor de betekenis van 'redelijkerwijs moeten vermoeden' in de zedenbepalingen aangegeven dat moet worden gedacht aan 'in het oog vallende omstandigheden' en 'omstandigheden die in het algemeen bij een eerste indruk kunnen worden vermoed'.[263] Erkend moet worden dat bij deze eisen de lat van de culpa vrij hoog lijkt te liggen. De indruk ontstaat dat alleen sprake is van het 'redelijkerwijs moeten vermoeden' wanneer de werkelijke leeftijd reeds op basis van het uiterlijk van de jeugdige voldoende kenbaar was. Deze invulling contrasteert bijvoorbeeld met de invulling van 'redelijkerwijs moeten vermoeden' bij schuldwitwassen (art. 420quater Sr). Daarbij gaat het om de vraag of de verdachte in die mate is tekortgeschoten in zijn onderzoeksplicht dat hij met de vereiste aanmerkelijke onvoorzichtigheid heeft gehandeld.[264] Wanneer deze termen van de voor art. 420quater Sr geldende eisen[265] worden geplaatst in de context van de zedenwetgeving, zou van het 'redelijkerwijs moeten vermoeden' van de werkelijke leeftijd sprake kunnen zijn indien de verdachte bij enig nadenken over de hem bekende omstandigheden, had kunnen vermoeden dat de jeugdige jonger was dan zestien (of twaalf of achttien) jaar en hij zonder nader onderzoek niet had mogen handelen.

De behandelde wetsgeschiedenis zou dus zo kunnen worden verstaan dat, ten opzichte van vroegere opmerkingen van de wetgever over het bestanddeel 'redelijkerwijs moeten vermoeden' in de zedenwetgeving, een soepeler criterium moet worden gehanteerd zonder afstand te doen van de 'aanmerkelijke schuld'. 'Redelijkerwijs moeten vermoeden' zou bijvoorbeeld reeds van toepassing moeten zijn wanneer het uiterlijk van de jeugdige weliswaar misleidend volwassen was, maar de overige omstandigheden van het geval vroegen om nader onderzoek naar de leeftijd en dit onderzoek werd nagelaten

---

262 Zie over de waarde van het verschil tussen de culpa-schuld en de avas-schuld: Vellinga 1982, p. 104-116. Op de uitholling van het schuldbegrip wordt ingegaan in Borgers, Koopmans & Kristen 1998 en relativering van het verschil tussen de culpa-schuld en de avasschuld wordt behandeld in Van Dijk 2008, p. 197-209.

263 *Bijlagen Handelingen I* 1935/36, nr. 85, p. 5 (MvA). Dit werd overwogen ten aanzien van de destijds geldende artt. 240bis, 248bis, 248ter, 250 en 437bis Sr. Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 240a Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

264 Zie recentelijk HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1588.

265 Vgl. HR 22 november 1943, *NJ* 1944/70; HR 11 juli 1944, *NJ* 1944/580; HR 4 april 1995, *DD* 95 280; HR 17 december 2002, *NJ* 2003/177. Zie ook Mul in T&C-Sr 2014, aant. 8 op art. 420quater Sr.

of onvoldoende werd uitgevoerd. Veel argumenten die nu worden gebruikt om avas af te wijzen, zouden in dat kader voldoende kunnen zijn voor aannemen van 'redelijkerwijs moeten vermoeden'.[266] Welke maatstaf op dit moment door de rechter wordt gehanteerd bij het 'redelijkerwijs moeten vermoeden' van de leeftijd bij de zedendelicten, kon uit de gepubliceerde jurisprudentie niet goed worden opgemaakt.[267]

Terugkomend op de vraag waarom de leeftijd in bepaalde zedendelicten is geobjectiveerd en in andere niet, is gebleken dat de wetsgeschiedenis daar geen eenduidig antwoord op geeft. Wel gaat van de recente wetsgeschiedenis klaarblijkelijk de instructie uit om aan de culpa ('redelijkerwijs moeten vermoeden') geen hoge eisen te stellen en daarmee de afstand tussen delicten waarin de leeftijd wel en delicten waarin de leeftijd niet is geobjectiveerd zo klein mogelijk te houden.

Tot slot kan in dat kader nog worden opgemerkt dat ook bij lagere eisen voor de culpa nog steeds voldaan zal moeten zijn aan de opzet-componenten van de delictsomschrijving. Zo is voor art. 248a Sr nodig dat de verdachte de jeugdige 'opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of van hem te dulden', en voor art. 248c Sr dat de verdachte 'opzettelijk aanwezig is bij het plegen van ontuchtige handelingen' door de jeugdige. Indien aangenomen moet worden dat het opzet hier ook gericht is op het ontuchtig karakter (zie daarover de vorige paragraaf) dan lijkt dat niet altijd goed samen te kunnen gaan met slechts een schuldverwijt met betrekking tot de leeftijd. Van iemand die ervan overtuigd was dat de ander een (veel) hogere leeftijd had, kan onder omstandigheden weliswaar een 'redelijkerwijs moeten vermoeden' van de leeftijd worden tegengeworpen, maar niet altijd zal tegelijkertijd kunnen worden gezegd dat het opzet van deze verdachte ook het ontuchtig karakter van de handelingen omvatte. Deze discrepantie komt het sterkst naar voren in art. 248d Sr, waar 'ontuchtig *oogmerk'* wordt vereist, naast het ten minste 'redelijkerwijs moeten vermoeden' van de jeugdige leeftijd.

2.4.3.7 Afsluiting

Naar voren is gekomen dat bij de seksuele delicten tegen jeugdigen zoals opgenomen in Titel XIV de subjectieve bestanddelen en de daaraan verbonden schuldverbanden zeer uiteenlopen. Er zijn geëxpliciteerde vormen van opzet, maar ook veel vormen van ingeblikt opzet. Daarnaast is de leeftijdsaanduiding in een aantal delictsomschrijvingen uitdrukkelijk niet geobjectiveerd (art. 240a, 248a, 248c, 248d, 248e, 248f en 250 lid 1 sub b° Sr), terwijl uit de jurisprudentie blijkt dat bij een belangrijke groep andere delictsomschrijvingen de leeftijd wel is geobjectiveerd (voor art. 240b, 244, 245, 247 en art. 249 Sr staat

---

266 Dit geldt in veel gevallen waarin wordt overwogen dat de verdachte op grond van de omstandigheden gehouden was (meer) onderzoek te doen naar de werkelijke leeftijd. Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3027 en ECLI:NL:RBUTR:2012:BV5037, en voorts Rb. Noord-Nederland 3 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:933.

267 Daarvoor wordt in de uitspraken het materieelrechtelijk kader te weinig geschetst.

de objectivering buiten twijfel; voor 248b en 250 lid 1 onder a° Sr bestaan voor objectivering sterke argumenten). Een duidelijke verklaring voor het bestaan van deze verschillen lijkt niet te geven, behalve dat de wetgever vindt dat het verschil tussen delicten waarin de leeftijd wel en delicten waarin de leeftijd niet is geobjectiveerd niet beduidend groot is. De wetgever heeft op grond van deze constatering nieuwe bepalingen geïntroduceerd waarin de leeftijd niet is geobjectiveerd (art. 248d en 248e Sr).[268] Ten slotte is in het voorgaande gesignaleerd dat het opzet dat besloten ligt in bestanddelen van bepalingen waarin de leeftijd is geobjectiveerd, op dit moment een beperkend effect kan hebben op die objectivering omdat dit opzet in een belangrijk aantal gevallen toch een leeftijdsaspect zou moeten omvatten. Zo is met betrekking tot 'ontucht plegen' in bijvoorbeeld art. 249 Sr, waarin de leeftijd is geobjectiveerd, tot de conclusie gekomen dat deze delictsgedraging opzettelijk handelen eist dat zich ogenschijnlijk mede uitstrekt tot de leeftijd van het slachtoffer.

2.4.4 Hands-off contact: seksueel (getint) contact zonder lichamelijke aanraking

2.4.4.1 Inleiding

In paragraaf 2.3.5 is ingegaan op de vraag in hoeverre sprake kan zijn van een zedenmisdrijf zonder dat lichamelijk contact tussen verdachte en slachtoffer heeft plaatsgevonden.[269] Die vraag werd daar beschouwd in het kader van de bestanddelen 'ontucht' of 'ontuchtige handelingen' in samenhang met de bestanddelen 'plegen met', 'plegen' en 'dulden'. Hierna wordt de genoemde vraag opnieuw uitvoerig behandeld, maar dan vanuit het perspectief van de seksuele delicten tegen jeugdigen. Dat brengt een beperking en een verruiming met zich mee. De beperking houdt verband met het specifieke thema; in deze paragraaf gaat het enkel om seksuele delicten die tegen jeugdigen worden gepleegd. De vraag in hoeverre ook zonder lichamelijk contact ontucht kan worden gepleegd met bijvoorbeeld een lichamelijk of geestelijk onmachtige blijft dus buiten beschouwing.[270] De verruiming is erin gelegen dat niet langer alleen de bestanddelen 'ontucht', 'ontuchtige handelingen', 'plegen met', 'plegen' en 'dulden' centraal staan. De voorliggende vraag is ruimer; beschouwd wordt in hoeverre seksueel (getint) contact met een jeugdige zonder lichamelijke aanraking – zogenoemd *hands-off* contact[271] – valt binnen de reikwijdte van de

---

268 Nadien is ook nog art. 248f Sr ingevoerd, waarin de leeftijd evenmin is geobjectiveerd (*Stb.* 2014, 74, i.w.tr. op 1 maart 2014; dossier 33 580). In de parlementaire stukken is niet ingegaan op het afzien van objectivering van de leeftijd.

269 Zie in het bijzonder paragraaf 2.3.5.3-2.3.5.5.

270 Zie hierover eerder, p. 77 en 84.

271 Het begrip '*hands-off*' wordt ook wel ruimer gehanteerd. In die ruimere betekenis is een *hands-off* zedendelict bijvoorbeeld elk zedendelict waarbij geen lichamelijk contact met een jeugdige plaatsvindt, dus ook die waarbij er geen enkel contact is met een jeugdige. Zo rangschikt de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen ook het bezit van kinderpornografische afbeeldingen onder de *hands-off* zedendelicten (zie

zedendelicten. Met de behandeling van deze vraag wordt niet beoogd een uitputtend antwoord te geven. De behandeling dient ertoe de veelal complexe verhoudingen tussen de delictsomschrijvingen zichtbaar te maken, en daarmee ook bepaalde actuele rechtsvragen te belichten.

Hands-off contact van seksuele aard kan betrekking hebben op uiteenlopende zedendelicten en kan op allerlei manieren plaatsvinden. In het onderstaande wordt de status van het *hands-off* contact artikelgewijs besproken en wordt waar nodig rekening gehouden met de volgende variabelen.

Ten eerste kan in deze context de nabijheid van het contact variëren; het contact kan plaatsvinden in persoon (contact in elkaars aanwezigheid) of op afstand (bijvoorbeeld contact via een webcam of telefoon).

Ten tweede kan de activiteit van de betrokken personen verschillen. Zo kan de verdachte een handeling van seksuele aard verrichten ten opzichte van de jeugdige (de verdachte kan seksuele handelingen verrichten terwijl de jeugdige dit waarneemt, of de verdachte kan naaktfoto's van zichzelf sturen aan de jeugdige). Maar ook is denkbaar dat samen handelingen worden verricht (zoals gezamenlijk masturberen in elkaars bijzijn of via de webcam) of dat juist alleen de jeugdige een handeling van seksuele aard verricht (de jeugdige verricht bijvoorbeeld een seksuele handeling bij zichzelf terwijl de ander bewust toekijkt).

Zoals gezegd zullen deze onderscheidingen hieronder waar nodig in acht worden genomen, waarbij contact via moderne communicatiemiddelen een belangrijke plaats inneemt. Afhankelijk van de relevante bijzonderheden worden sommige bepalingen globaal en weer andere in detail besproken. Begonnen wordt met de bepalingen die eerder bij de bespreking in paragraaf 2.3.5 aan bod zijn gekomen, waarbij de essentie van die bespreking wordt herhaald. Daarna wordt ingegaan op art. 248a Sr (uitlokken van ontucht), art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), art. 248d Sr (een jeugdige getuige laten zijn van seksuele handelingen) art. 240a Sr (vertonen van schadelijke afbeeldingen), art. 248c Sr (aanwezig zijn bij ontuchtige handelingen), art. 240b Sr (kinderpornografie) en art. 248e Sr (grooming). Deze bijzondere volgorde wordt dadelijk in paragraaf 2.4.4.4 toegelicht. De uiteindelijke waardering van de bevindingen vindt plaats in paragraaf 4.5.5.

2.4.4.2 Art. 244 en 245 Sr

> Artikel 244 Sr
> Hij die met iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

NRM 2014, p. 25, 124). Ook de term *'hands-on'* wordt door de Nationaal Rapporteur in ruime zin gebezigd. In haar eerste rapportage over kinderpornografie worden bijvoorbeeld de delictscategorieën *'hands-on offline'* en *'hands-on online'* gebruikt. Gelet op deze laatste categorie wordt dus soms ook zonder lichamelijk contact tussen verdachte en slachtoffer gesproken van *'hands-on'*. Zie NRM 2011, p. 42-43.

> Artikel 245 Sr
> Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Het onderscheid tussen art. 244 en 245 Sr enerzijds en art. 247 Sr anderzijds is gelegen in de aard van de seksuele handeling. Art. 244 en 245 Sr vereisen handelingen 'die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam', terwijl art. 247 Sr betrekking heeft op alle 'ontuchtige handelingen'. Zoals eerder naar voren kwam achtte de wetgever bij het seksueel binnendringen een hogere gevangenisstraf aangewezen voor jeugdigen jonger dan twaalf jaar (vergelijk art. 244 Sr en art. 245 Sr), maar is dat leeftijdsonderscheid bij 'ontuchtige handelingen' (art. 247 Sr) niet doorgevoerd.[272] Art. 247 Sr heeft betrekking op alle jeugdigen jonger dan zestien jaar. Beknopt weergegeven zijn de strafmaxima achtereenvolgens: zes jaren gevangenisstraf in geval van ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar (art. 247 Sr), acht jaren gevangenisstraf in geval van ontuchtig binnendringen bij iemand tussen de twaalf en de zestien jaar (art. 245 Sr), en twaalf jaren gevangenisstraf in geval van seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar (art. 244 Sr).

De vraag of art. 244 en 245 Sr ook van toepassing kunnen zijn bij *hands-off* contact tussen de verdachte en het slachtoffer, is in paragraaf 2.3.5.2 aan de orde gekomen bij de bespreking van het zogenoemde Pollepel-arrest. De Hoge Raad besliste in dat arrest dat het geval waarin iemand gedwongen wordt bij zichzelf een pollepel en het heft van een mes in de eigen anus te brengen en heen en weer te bewegen, niet voldoet aan de wettelijke bestanddelen van verkrachting (art. 242 Sr). Volgens de Hoge Raad kan uit het wetgevingstraject dat onder meer leidde tot de aanpassing van art. 242 Sr in 1991, niet worden afgeleid dat de wetgever de reikwijdte van art. 242 Sr ook in die zin heeft willen verruimen dat daaronder tevens seksuele handelingen zouden vallen die zijn gepleegd door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend.

Vervolgens is in paragraaf 2.3.5.2 op verschillende gronden tot de conclusie gekomen dat deze beslissing ook betekenis lijkt te hebben voor de reikwijdte van het 'seksueel binnendringen' in de zin van onder meer art. 244 en 245 Sr. Voor de bijzonderheden zij verwezen naar die paragraaf. Aangenomen wordt dat van het plegen van 244 en 245 Sr kennelijk uitgesloten moet worden geacht: (i) het geval dat de jeugdige bij zichzelf binnendringende handelingen verricht, (ii) het geval dat de jeugdige bij de verdachte binnendringt of wordt bewogen bij een derde dan wel bij een dier binnen te dringen, en (iii) het geval dat de jeugdige wordt bewogen een binnendringen door een derde of door een dier te ondergaan. Het perspectief is hier kort gezegd dat, in de betekenis die de Hoge Raad in het Pollepel-arrest aan het 'plegen' heeft gege-

[272] Zie hierover paragraaf 2.4.2.2.

ven, de verdachte in al deze gevallen het binnendringen niet zelf 'pleegt', waardoor art. 244 en 245 Sr toepassing missen.[273]

Deze veronderstellingen hebben vanzelfsprekend gevolgen voor de mate waarin art. 244 en 245 Sr relevant worden geacht bij *hands-off* contact tussen de verdachte en de jeugdige. Op grond van het voorgaande moet die relevantie uiterst beperkt worden geacht. Wanneer de verdachte niet met zijn eigen lichaam binnendringt, schijnen art. 244 en 245 Sr alleen van toepassing te kunnen zijn wanneer de verdachte het binnendringen zelf in directe zin bewerkstelligt, zoals het inbrengen van attributen in het lichaam van de jeugdige. Maar dan is eigenlijk al sprake van *hands-on* contact. Verricht de jeugdige bijvoorbeeld zelf de binnendringende handelingen in aanwezigheid van de verdachte of tijdens webcamcontact, dan valt dit buiten de reikwijdte van art. 244 en 245 Sr.

2.4.4.3 Art. 247, 248b en 249 Sr

> Artikel 247 Sr
> Hij die (…) met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt (…) wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248b Sr
> Hij die ontucht pleegt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 249 Sr
> 1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> (…)

In art. 247, 248b en 249 Sr bestaat de delictsgedraging uit het 'ontuchtige handelingen plegen met' de jeugdige of 'ontucht plegen met' die jeugdige. In paragraaf 2.3.5 is onderzocht in hoeverre daaronder ook gevallen zonder lichamelijk contact zijn te brengen. Het bleek dat die vraag zich om verschillende redenen niet goed laat beantwoorden.[274]

Ten eerste is de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad omvangrijk en complex. De Hoge Raad sluit situaties van 'ontucht plegen met' de jeugdige zonder lichamelijk contact niet uit, maar typeert deze als 'uitzonderlijke gevallen'. De maatstaf die hierbij moet worden gehanteerd bestaat uit de vraag of, en zo ja in hoeverre, tussen de verdachte en de jeugdige relevante interactie heeft plaatsgevonden.

---

273 Over de vraag of hier eventueel de constructie van het *mede*plegen verschil kan maken in voorbeeld (ii) en (iii), zie hiervoor, voetnoot 87.

274 Voor de context en achtergrond van de hierna volgende onderdelen, zij verwezen naar de genoemde paragraaf.

Onduidelijk blijft echter wat in dit verband als relevante interactie kan worden beschouwd, alsook bij welke interactiegraad het omslagpunt zo ongeveer zou moeten liggen. Een voorzichtige aanwijzing kan worden gevonden in het oordeel van de Hoge Raad dat enkel een ander confronteren met eenzijdige seksuele handelingen zonder daarbij iets van die ander te verlangen, onvoldoende is voor 'ontucht plegen met' die ander. Hieruit kan weliswaar niet volgen dat sprake is van 'ontucht plegen met' zodra ook maar iets van de ander wordt verlangd, maar wel wordt geïmpliceerd dat het plegen van seksuele handelingen met zichzelf en daarbij 'iets verlangen van' de ander, onder omstandigheden de benodigde interactie kan brengen.

Belangrijke vervolgvragen zijn daarmee evenwel nog niet beantwoord. Zo is onzeker of datgene wat verlangd wordt van de ander ook op zichzelf een seksuele handeling dient te zijn of dat bijvoorbeeld voldoende is dat van de ander wordt verlangd dat deze naar de seksuele handelingen van de dader kijkt. Voorts is de vraag of nodig is dat de dader ten minste seksuele handelingen met zichzelf verricht of dat ook van 'ontucht plegen met' kan worden gesproken wanneer de dader zelf geen seksuele handelingen verricht maar van de ander verlangt dat deze seksuele handelingen met zichzelf pleegt. Hoewel de Hoge Raad mogelijk acht dat van 'ontucht plegen met' een jeugdige kan worden gesproken zonder dat lichamelijk contact heeft plaatsgevonden, is dus al met al betrekkelijk onzeker in welke gevallen die mogelijkheid zich concreet aandient.

Ten tweede steekt deze jurisprudentie van de Hoge Raad scherp af tegen de uitgangspunten van de wetgever. Parallel aan die jurisprudentie geeft de wetgever herhaaldelijk aan dat het begrip 'met' in de context van de zedendelicten (zoals 'plegen met') juist wel lijfelijk contact vereist. Op grond van dit uitgangspunt zijn ook wetswijzigingen doorgevoerd. Zo is in art. 250a Sr (een voorloper van het huidige art. 273f Sr) de zinsnede 'seksuele handelingen *met* een derde tegen betaling' verruimd tot 'seksuele handelingen *met of voor* een derde tegen betaling'. Daardoor werden ook andere vormen van seksuele dienstverlening dan prostitutie in enge zin (met lijfelijk contact) geraakt, aldus de wetgever. Voorts werd in art. 248a Sr, in de toenmalige zinsnede 'beweegt ontuchtige handelingen *met hem* te plegen of zodanige handelingen *van hem* te dulden', het gedeelte 'met hem' geschrapt. Deze wijziging werd nodig geacht voor het strafbaar stellen van het bewegen van de minderjarige tot het plegen van ontuchtige handelingen zónder rechtstreekse lijfelijke betrokkenheid van de verdachte. Overigens blijkt niet waarom de wetgever daarbij niet tevens de woorden 'van hem' heeft verwijderd. Op deze aspecten wordt hierna ingegaan, bij de nadere bespreking van art. 248a Sr.[275] Illustratief is ten slotte ook de uitdrukkelijke overweging van de minister dat art. 248b Sr (jeugdprostitutie; 'ontucht plegen met') daadwerkelijk seksueel contact vereist en niet via bijvoorbeeld webcamcontact kan worden gepleegd.[276]

---

275 Paragraaf 2.4.4.5.

276 Zie p. 81.

De jurisprudentie van de Hoge Raad en de wetsgeschiedenis wijzen dus niet in dezelfde richting waar het gaat om beantwoording van de vraag of 'ontucht plegen met' mogelijk is zonder lichamelijk contact.

Wat de feitenrechtspraak betreft, is opmerkelijk dat daarin nauwelijks aandacht is voor de zojuist besproken wetsgeschiedenis. In een zaak waarin de feitenrechter zich wel oriënteert op de wetsgeschiedenis, is het oordeel dat 'ontucht plegen met' de jeugdige zonder lichamelijk contact niet tot de mogelijkheden behoort. Doorgaans wordt evenwel aangeknoopt bij de ruimere maatstaven van de Hoge Raad (interactie en de mate waarin iets is verlangd) en ook uit eigen beweging lijken veel feitenrechters flexibel om te gaan met de strekking van de wettekst.

Voor art. 247 en 249 Sr ('ontucht plegen met') is in de feitenrechtspraak onder meer voldoende gebleken[277]: het kind zijn penis laten vastpakken en daarvan de voorhuid naar achteren laten schuiven[278]; het laten poseren voor foto's[279]; het laten nemen van foto's[280]; zich aftrekken in bijzijn van kinderen die zijn meegelokt en gevraagd te blijven[281]; zich in aanwezigheid van een kind aftrekken en de billen laten zien, en bovendien dat kind het geslachtsdeel en billen laten tonen en daarvan foto's maken[282]; het eigen geslachtsdeel laten zien en daarbij verlangen dat het kind ook zijn geslachtsdeel laat zien[283]. Aftrekken in het bijzijn van het kind is ook wel eens onvoldoende gebleken[284], ook in het geval dat de dader de opa was van het kind en dit plaatsvond op zolder[285].

Het verwijt dat de verdachte via de webcam ontucht zou hebben gepleegd 'met' de jeugdige, heeft tot vrijspraak geleid[286], maar evengoed de nodige veroordelingen opgeleverd[287]. Bij de veroordelingen kan het rechterlijk

277 Het betreft hier een herhaling van de bevindingen op p. 83 e.v.

278 Rb. Roermond 26 januari 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BH0990.

279 Rb. Almelo 4 juni 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM7070; Rb. Overijssel 5 juni 2014 ECLI:NL:RBOVE:2014:3041.

280 Rb. 's-Gravenhage 12 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL7854.

281 Rb. Zutphen 2 december 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6651.

282 Rb. Groningen 19 september 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BT2060.

283 Rb. Overijssel 7 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:575.

284 Rb. 's-Gravenhage 2 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK5955.

285 Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7818. De rechtbank achtte ook art. 248a Sr niet bewezen (niet blijkt waarom), maar kwam wel tot een veroordeling ter zake van art. 248d Sr (met ontuchtig oogmerk het kind getuige laten zijn van seksuele handelingen).

286 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3968 (art. 247 Sr). Hoewel deze vrijspraak niet werd gemotiveerd, blijkt uit het arrest dat de in de tenlastelegging aan art. 247 Sr opgehangen feiten wel bewezen werden geacht; deze feiten (via de webcam het ontblote geslachtsdeel laten zien en aftrekken, en seksueel geladen chatgesprekken voeren) waren namelijk ook de kern van het subsidiair ten laste gelegde art. 248d Sr, waarvoor verdachte werd veroordeeld. Dat doet vermoeden dat de vrijspraak verband hield met de in de tenlastelegging besloten liggende relatie tussen de weergegeven feiten en het kwalificatieve gedeelte 'ontuchtige handelingen plegen met'.

287 Zie o.m. Rb. Roermond 22 april 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BQ3544; Rb. 's-Gravenhage 16 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX5652; Rb. Noord-Nederland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3199 (Cuijkse zedenzaak); Hof Den Haag 3 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2920; Rb. Rotterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8074 (feit 3); Rb. Am-

standpunt worden waargenomen dat het vereiste van interactie reeds is vervuld zodra iets van het kind is verlangd.[288] Naast deze webcam-gevallen is 'ontucht plegen met' aangenomen op grond van het gezamenlijk masturberen tijdens telefooncontact[289]; het herhaaldelijk digitaal doorsturen van eigen naaktfoto's[290] en op grond van het langs digitale weg aansporen van de jeugdige om eigen naaktfoto's te sturen.[291] Daarbij is voor sommige feitenrechters doorslaggevend dat de handeling in strijd kan worden geacht met de sociaalethische norm.[292]

2.4.4.4 Tussenbalans

Door de zojuist beschreven evidente spanning tussen de rechtspraak van de Hoge Raad en de visie van de wetgever over het bestanddeel 'ontucht plegen met', en met name door de zeer ruime invulling van dat bestanddeel door de feitenrechter, dringt zich de vraag op in hoeverre bij *hands-off* contact nog helder onderscheid kan worden gemaakt tussen 'ontucht plegen met' jeugdigen in wettelijke zin, en andere zedendelicten zoals art. 248a Sr (uitlokken van ontucht), art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), art. 248d Sr (een jeugdige getuige laten zijn van seksuele handelingen), art. 240a Sr (vertonen van schadelijke afbeeldingen), art. 248c Sr (aanwezig zijn bij ontuchtige handelingen) en art. 240b Sr (kinderpornografie).

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, worden hieronder bijzondere elementen van die andere zedendelicten besproken. Daarbij zal de volgorde worden aangehouden die zojuist is weergegeven. Deze volgorde houdt verband met de aard van de handelingen en maakt bepaalde vergelijkingen eenvoudiger. Hiermee wordt het volgende bedoeld.

Als eerste wordt art. 248a Sr besproken, dat zowel betrekking heeft op seksuele handelingen die de jeugdige verricht (de jeugdige wordt bewogen 'ontuchtige handelingen te plegen') als op seksuele handelingen die de ver-

---

sterdam 12 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:673; Rb. Oost-Brabant 20 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:892.

288 Vgl. Rb. Amsterdam 12 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:673.

289 Rb. Arnhem 17 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR5780.

290 Rb. Midden-Nederland 16 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1466.

291 Rb. Overijssel 25 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6219.

292 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 16 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1466, waarin de rechtbank overwoog: 'De raadsvrouw heeft aangevoerd dat het sturen van een naaktfoto niet kan worden gekwalificeerd als ontucht. De rechtbank is van oordeel dat het herhaaldelijk sturen van naaktfoto's, waaronder foto's waarop verdachte te zien is met een stijve penis, aan het slachtoffer dat op het moment van het ontvangen van die foto's nog geen 16 jaar oud is, valt onder het bereik van artikel 249 Wetboek van Strafrecht en ontucht oplevert. De wetgever heeft met ontucht bedoeld, 'alle handelingen van seksuele aard die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm'. In casu is het (tijdens een seksueel getint gesprek) sturen van naaktfoto's van en door een 55-jarige docent met daarop onder meer zijn stijve penis naar een vijftien- dan wel zestienjarige leerlinge, naar het oordeel van de rechtbank in strijd met de sociaal-ethische norm die leeft in onze maatschappij.' Zie voorts o.m. Rb. Groningen 25 februari 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BC5044 en Rb. Overijssel 25 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6219, met een soortgelijke redenering.

dachte verricht (de jeugdige wordt bewogen 'ontuchtige handelingen van hem te dulden').

Vervolgens komen drie delictsomschrijvingen aan bod die zich primair richten op seksueel getinte handelingen van de verdachte: art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), art. 248d Sr (een jeugdige getuige laten zijn van seksuele handelingen) art. 240a Sr (vertonen van schadelijke afbeeldingen).

Daarna verschuift de aandacht naar twee delicten waarbij de seksuele aard van het delict vooral samenhangt met handelingen van de jeugdige zelf: art. 248c Sr (aanwezig zijn bij ontuchtige handelingen) en art. 240b Sr (kinderpornografie).

Opgemerkt zij dat een oriëntatie op de vraag in hoeverre bij *hands-off* contact nog helder onderscheid kan worden gemaakt tussen de zedenbepalingen, niet de enige functie is van de onderstaande besprekingen. Zoals in de inleiding (paragraaf 2.4.4.1) aan de orde kwam, dient deze bespreking er tevens toe een beeld te krijgen van de strafbaarheid van seksueel getint *hands-off* contact in het algemeen. De eigen bijzonderheden van de bepalingen zijn daarvoor ook van belang. In dat verband wordt tevens gekeken naar enkele eigenschappen van art. 248e Sr (grooming; een delict dat meer op zichzelf staat doordat het zich richt op een voorbereidingsfase van contact in persoon) en wordt ten slotte de strafbaarheid van het seksueel communiceren met kinderen in woord en geschrift in kaart gebracht.

De vraag in hoeverre de onderscheidingen tussen alle genoemde delicten problematisch zijn, wordt uitgebreid beantwoord in hoofdstuk 4 (paragraaf 4.5.5).

2.4.4.5 Art. 248a Sr

> Artikel 248a Sr
> Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Inleiding

In eerdere paragrafen is de wetsgeschiedenis art. 248a Sr al vaker aan de orde gesteld[293], waarbij het volgende naar voren kwam over de redactionele wijziging van dat artikel in 2002.

Vóór 2002 richtte art. 248a Sr zich op degene die de jeugdige 'opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen *met hem* te plegen of zodanige handelingen *van hem* te dulden'. De wetgever was van mening dat het bestanddeel 'met hem' vereist dat lichamelijk contact had plaatsgevonden tussen de verdachte en de jeugdige. Die eis werd te beperkend geacht, omdat ook zonder lichame-

293 Zie paragraaf 2.3.5.4 en 2.3.5.6.

lijk contact de beïnvloeding tot het plegen van ontuchtige handelingen schadelijk kon zijn voor de jeugdige. Door verwijdering van de woorden 'met hem' werd strafbaar het bewegen van de jeugdige tot het plegen van ontuchtige handelingen 'zonder meer', aldus de wetgever.[294] Waarom de woorden 'met hem' in de delictsomschrijving onaangeroerd zijn gelaten, wordt in de wetsgeschiedenis niet duidelijk gemaakt.

Deze wijziging, in combinatie met het laten staan van de woorden 'van hem', heeft gezorgd voor ingewikkelde onderscheidingen in het delict. Deze worden nu wat uitvoeriger besproken dan tot nu toe is gebeurd.

'Ontuchtige handelingen plegen'

Door de verwijdering van het onderdeel 'met hem' heeft art. 248a Sr betrekking gekregen op het, onder gebruikmaking van de genoemde middelen, bewegen van de jeugdige tot het plegen van ontuchtige handelingen in het algemeen. Dit omvat dus ook handelingen die de jeugdige met zichzelf verricht, waarbij het niet uitmaakt of de jeugdige in aanwezigheid is van de verdachte of de handelingen uitvoert voor een beeldscherm met webcamverbinding. De wetswijziging heeft het delict in dat opzicht klaargemaakt voor het digitale tijdperk.[295] Dat is ook terug te zien in de feitenrechtspraak. Art. 248a Sr is door de feitenrechter al van toepassing geacht bij gevallen van webcam-[296], telefoon-[297] en msn-contact[298], zonder dat de afwezigheid van lichamelijk contact een bezwaar vormde.

De nieuwe ruime bewoordingen (het plegen van ontuchtige handelingen) brengen echter tevens mee dat art. 248a Sr thans ook een variant van het uitlokken van ontucht met een *derde* omvat. Immers, wanneer de jeugdige door de verdachte wordt bewogen ontuchtige handelingen te plegen met een derde, is dat een vorm van 'bewegen tot het plegen van ontuchtige handelingen'. En daarmee is art. 248a Sr onderdeel gaan uitmaken van de vele varianten van uitlokking van ontucht met een derde die ons strafrecht inmiddels rijk is. Dit wordt later afzonderlijk belicht in paragraaf 2.4.5.

---

294 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 11. Zie voor nadere informatie paragraaf 2.3.5.4.

295 Vgl. de beantwoording van Kamervragen over seksueel misbruik via internet, in 2007; *Handelingen II* 2006/07, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1089 (vragen van het lid Gerkens (SP) aan de minister van Justitie over de aanpak van seksuele uitbuiting van minderjarigen op het internet), p. 2312; *Handelingen II* 2006/07, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1091 (beantwoording van vragen van de Kamerleden Gerkens en Bouchibti door de minister van Justitie over «grooming» op het internet), p. 2316.

296 Vgl. o.m.: Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI2591; Hof Arnhem 24 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ3736; Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL9356; Hof Arnhem 23 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL9510; Rb. Haarlem 29 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV0020; Rb. Alkmaar 15 december 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BU8310; Hof 's-Hertogenbosch 25 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8169; Hof Den Haag 30 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3706.

297 Rb. Zwolle-Lelystad 3 juli 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD7187.

298 Rb. Utrecht 1 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9393.

In het bewegen tot 'het plegen van ontuchtige handelingen' liggen dus twee soorten uitlokking besloten. Eén waarbij de seksuele handelingen betrekking hebben op het contact met de verdachte zelf (het uitlokken van ontucht 'ten eigen bate'), en één waarbij de seksuele handelingen betrekking hebben op het contact tussen de jeugdige en een derde (het uitlokken van ontucht met een derde).

'Ontuchtige handelingen van hem dulden'

Om zicht te krijgen op de resterende kwesties bij art. 248a Sr dient naar een ander gedeelte van de bepaling te worden gekeken. Daarbij gaat het niet meer om de verdachte die de jeugdige beweegt tot het 'het plegen van ontuchtige handelingen', maar om de verdachte die de jeugdige beweegt 'ontuchtige handelingen *van hem* te dulden'.

Het is opmerkelijk dat de wetgever de woorden 'van hem' in dit gedeelte heeft laten staan. Of dit bewust is gebeurd, blijkt als gezegd niet. Gissen naar de bedoeling van de wetgever is hier niet eenvoudig, omdat het laten staan van de woorden 'van hem' niet zonder meer als kennelijke vergissing kan worden beschouwd. Gelet op het perspectief van de wetgever dat het woord 'met' (ontucht plegen *met*; ontuchtige handelingen plegen *met*) meebrengt dat lichamelijk contact moet hebben plaatsgevonden, ligt in de rede dat dit perspectief ook geldt voor het woord 'van' (ontuchtige handelingen dulden *van* hem). De verwijdering van het bestanddeel 'van hem' uit art. 248a Sr zou vanuit dit perspectief van de wetgever een forse uitbreiding hebben betekend, omdat daarmee allerlei vormen van exhibitionisme onder de werking van de delictsomschrijving zouden vallen. Daarmee zou niet langer de lichamelijke integriteit centraal staan.[299]

Zonder te willen zeggen dat in het algemeen voor zo een uitbreiding geen enkele aanleiding bestond, moet evenwel worden vastgesteld dat de wetsgeschiedenis geen concrete aanknopingspunten bevat voor het aannemen van een bedoeling in deze richting. Daarbij komt dat inmiddels veel andere delicten van toepassing kunnen zijn op exhibitionistische gedragingen, zoals art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), 240a Sr (het vertonen van schadelijke afbeeldingen) en 248d Sr (het getuige laten zijn van seksuele handelingen).

Argumenten voor het standpunt dat het laten staan van de woorden 'van hem' toch een vergissing is geweest, zijn er misschien wel. Het wegdenken van de woorden 'van hem' laat nog niet onmiddellijk allerlei lichte vormen van exhibitionisme toe, omdat de jeugdige moet zijn *bewogen* die exhibitionistische gedragingen te dulden en de daarin besloten liggende psychische causaliteit bovendien moet zijn gerealiseerd door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of mislei-

299 De verwijdering van de woorden '*met* hem' hebben er geen verandering in gebracht dat de 'ontuchtige handelingen' in beginsel het lichaam van de jeugdige betreffen. Dat zou dus bij de verwijdering van de woorden 'van hem' anders zijn.

ding. De verwijdering zou dus niet per definitie hebben geleid tot disproportionaliteit tussen gedrag en strafmaximum.

Dit neemt echter niet het zwaarwegende tegenargument weg dat het gedeelte 'met hem' op duidelijke gronden is verwijderd en het gedeelte 'van hem' is blijven staan zonder dat de grondslag voor de verwijdering van 'met hem' zo maar geacht kan worden te gelden voor het gedeelte 'van hem'. Het schijnt met andere woorden de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan hier een kennelijke vergissing in te lezen. Wij begrijpen Machielse zo, dat dit ook zijn standpunt weergeeft.[300]

Ondanks het voorgaande moet worden geconstateerd dat de Hoge Raad er waarschijnlijk anders in staat. De Hoge Raad zelf hanteert een ruime interpretatie van 'ontucht plegen *met'*, zoals inmiddels vaak is belicht. Daarbij wordt geen acht te geslagen op de behandelde wetsgeschiedenis. Kort gezegd kan volgens de Hoge Raad van 'ontucht plegen *met*' ook zonder lichamelijk contact sprake zijn wanneer een bepaalde graad van interactie heeft plaatsgevonden.[301] In de bedoelde jurisprudentie wordt dit interactiecriterium ook gebruikt bij de term (ontuchtige handelingen) 'dulden *van*' in de zin van art. 246 Sr.[302] Toegepast op art. 248a Sr, zou het daarin voorkomende bestanddeel 'van hem' bij een bepaalde graad van interactie toch vervuld kunnen zijn, ook al is geen sprake van lichamelijk contact. Dit interactiecriterium zou juist bij art. 248a Sr van invloed zijn, omdat die strafbaarstelling vereist dat de jeugdige moet worden *bewogen* door bepaalde middelen. Zonder interactie van enige substantie lijkt het delict niet eens gepleegd te kunnen worden. Naar verwachting zou de toepassing van het interactiecriterium hier dus hetzelfde effect kunnen hebben als het effect van de verwijdering van de woorden 'van hem' uit art. 248a Sr.

Hoe oordeelt de feitenrechter in deze kwestie? De gepubliceerde feitenrechtspraak laat nog niet veel gevallen zien waarin de onderhavige delictsvorm (ontuchtige handelingen *van hem* dulden) aan de orde is. Niettemin neemt de feitenrechter in die gevallen kennelijk zonder meer aan dat voor '*van hem* dulden' geen lichamelijk contact wordt vereist. Telkens wordt het bestanddeel 'van hem dulden' zonder nadere motivering van toepassing geacht op de situatie dat de verdachte seksuele handelingen had verricht voor een webcam (uitkleden, het tonen van de penis of masturberen) waarbij de beelden zichtbaar waren voor de jeugdige.[303]

De systematische problematiek die voortvloeit uit de wet en wetsgeschiedenis wordt door de feitenrechter tot nu toe dus niet gezien, of vormt

300 Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 7 bij art. 248a Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

301 Zie de paragrafen 2.3.5 en 2.4.4.1-2.4.4.4.

302 Zie de besproken arresten op p. 68 e.v.

303 Zie o.m. Rb. Leeuwarden 23 april 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BI2330; Hof Den Bosch 25 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8169; Rb. Den Haag 30 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7951.

voor hem geen beletsel art. 248a Sr ruim te interpreteren. Dit zorgt er ook voor dat art. 248a Sr dichter toegroeit naar andere bepalingen, zoals de hiervoor genoemde artt. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), 240a Sr (het vertonen van schadelijke afbeeldingen) en 248d Sr (de jeugdige getuige laten zijn van seksuele handelingen). Deze worden hieronder besproken, waarna tussentijds de balans wordt opgemaakt over dit type *hands-off* contact.

Ten slotte ontstaat nog een ander vraagpunt door het laten staan van de woorden 'van hem' in het onderdeel 'ontuchtige handelingen *van hem* dulden'.[304] Dit heeft betrekking op het uitlokken van ontucht met een derde.

Vanwege het blijven staan van de woorden 'van hem' lijkt op systematische gronden te moeten worden aangenomen dat art. 248a Sr niet van toepassing is op het uitlokken van ontucht met een derde wanneer die ontucht slechts bestaat uit het *dulden* van handelingen van de derde. Dan duldt de jeugdige immers geen ontuchtige handelingen 'van *hem'* (de verdachte), maar van die derde. Onder meer Machielse is van mening dat de wettekst ook met inachtneming van de wetsgeschiedenis kennelijk op deze manier moet worden geduid.[305] De wetsgeschiedenis laat echter ook wel de lezing toe dat de wijzigingsoperatie in 2002 er mede toe strekte het geval te raken dat iemand een minderjarige beweegt lijfelijke seksuele handelingen van een derde te dulden. Het hangt dus ervan af hoe men de weinig gedetailleerde overwegingen van de wetgever hier opvat tegen de achtergrond van de verschillen die overduidelijk in de wet zijn ontstaan. Erg ruim zou art. 248a Sr overigens wel worden wanneer ook het dulden van ontuchtige handelingen van een derde zónder lichamelijk contact tot de mogelijkheden zou behoren.

2.4.4.6 Art. 239 Sr

> *Artikel 239 Sr*
> Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:
> 1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;
> 2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de
> leeftijd van zestien jaar;
> 3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is.

Contact in elkaars aanwezigheid

Ingeval een jeugdige door een ander wordt geconfronteerd met het naakte lichaam van die ander, of naakte delen van dat lichaam, kan dit schennis van de eerbaarheid opleveren (art. 239 Sr). Gedacht kan worden aan het gedrag van een potloodventer. Voor strafbaarheid is dan vereist dat sprake is van een

304 Zie hierover ook paragraaf 2.3.5.6.

305 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 7 bij art. 248a Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Zie voor soortgelijke kwesties: paragraaf 2.3.5.6.

handeling die onder de gegeven omstandigheden kwetsend is voor het normaal ontwikkeld seksueel schaamtegevoel.[306] Bij de beoordeling van deze schending van de eerbaarheid is niet het gevoel van de waarnemer beslissend, maar de hier te lande heersende zeden die worden bepaald door de bij een belangrijke meerderheid van het Nederlandse volk op dit punt levende opvattingen.[307] Dat brengt mee dat een gedraging 'op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd' (art. 239 onder 1° Sr) ook schennis van de eerbaarheid kan opleveren wanneer de jeugdige deze gedraging vrijwillig waarneemt.[308] Voor niet-openbare schennis van de eerbaarheid (art. 239 onder 3° Sr; bijvoorbeeld in een woning) is aanvullend vereist dat de ander 'zijns ondanks' tegenwoordig is. Bij de implementatie van het Verdrag van Lanzarote zag de wetgever in dit bijzondere vereiste aanleiding voor het introduceren van een apart 'blootstellingsdelict' in art. 248d Sr (het seksueel corrumperen van personen jonger dan zestien jaar). Volgens de wetgever sluit de uitdrukking 'zijns ondanks' in art. 239 Sr in beginsel uit dat handelingen waarbij een jeugdige vrijwillig tegenwoordig is, op grond van die delictsomschrijving strafbaar zijn. 'Kinderen dienen daarentegen ook uitdrukkelijk te worden beschermd tegen schadelijke gedragingen van anderen, waarvan zij zelf de schadelijkheid mogelijk niet beseffen', aldus de wetgever.[309] Vanuit het perspectief van anderen is het echter de vraag of het bestanddeel 'zijns ondanks' in art. 239 Sr inderdaad in de regel toepassing mist wanneer de jeugdige vrijwillig tegenwoordig is. In dit verband schrijft Machielse in Noyon-Langemeijer-Remmelink het volgende:

> 'De vrijwillige aanwezigheid bij de schennis zal overigens niet te snel aangenomen mogen worden, al was het maar omdat anders allerlei kwetsbare personen niet beschermd zouden worden. Met 'zijns ondanks' moeten we dus niet te veel op de psychologische toer gaan, want vooral veel personae miserabiles zullen vaak geen besef hebben van hetgeen er met of ten overstaan van hen gebeurt. Een zekere normatieve inkleuring ligt daarom voor de hand.'[310]

Ook de rechtspraak van de Hoge Raad biedt handvatten voor een ruime interpretatie van 'zijns ondanks'. Zo achtte de Hoge Raad dit bestanddeel vervuld bij een geval van misleiding. De verdachte had zich tegenover een vrouw (in strijd met de waarheid) voorgedaan als arts, op grond waarvan de vrouw had ingestemd met onderzoek aan haar lichaam. De Hoge Raad overwoog hierbij

306 Vgl. HR 25 maart 1952, *NJ* 1952/240; HR 1 december 1970, *NJ* 1971/374; HR 28 oktober 1975, *NJ* 1976/120; HR 11 juni 1976, *NJ* 1976/506.
307 Vgl. HR 19 november 1974, *NJ* 1975/133.
308 Vgl. HR 1 december 1970, *NJ* 1971/374.
309 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 5.
310 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 4 bij art. 239 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Hoewel deze opvatting ook in de nieuwste bewerking uit 2014 is opgenomen, is onduidelijk of hierbij is meegenomen dat jeugdigen vanaf 2010 ook tegen soortgelijke gedragingen worden beschermd door eerdergenoemd art. 248d Sr. Dat dit mogelijk wel is meegenomen, kan blijken uit de omstandigheid dat art. 239 Sr ten aanzien van de aard van de handelingen meer bescherming lijkt te bieden dan art. 248d Sr, zoals dadelijk in paragraaf 2.4.4.7 wordt besproken.

dat het 'zijns ondanks tegenwoordig zijn' in de zin van art. 239 Sr ook wordt verwezenlijkt 'wanneer iemand bij een handeling, haar bedoeld karakter niet beseffende, tegenwoordig is'.[311] Deze redenering zou mogelijk kunnen worden doorgetrokken naar gevallen van toekijkende jeugdigen die weliswaar vrijwillig aanwezig zijn, maar het eerbaarheid-schendende karakter (nog) niet beseffen.[312]

In de feitenrechtspraak heeft zich hierover nog geen duidelijke lijn afgetekend. In die rechtspraak komt enerzijds de opvatting naar voren dat geen sprake kan zijn van 'zijns ondanks' wanneer de jeugdige duidelijk instemt met de handelingen[313] of wanneer de jeugdige zo jong is dat deze nog geen besef kan hebben van de seksuele eerbaarheid.[314] Anderzijds kan de tegengestelde opvatting worden aangetroffen dat een kind zijns ondanks tegenwoordig kan zijn zonder dat het kind de schennis als zodanig beseft.[315] De rechtspraak met betrekking tot art. 239 Sr loopt op dit punt dus nog uiteen.

Kan ook sprake zijn van art. 239 Sr wanneer de handeling niet het lichaam van de verdachte betreft, maar juist het lichaam van de 'ander' die 'zijns ondanks tegenwoordig is'? Hoewel deze constructie niet voor de hand lijkt te liggen, heeft de Hoge Raad haar onder omstandigheden mogelijk geacht. Dit bleek hiervoor al impliciet uit de zaak met betrekking tot de misleidende 'arts' die een vrouw lichamelijk onderzocht, maar in enkele andere arresten is dit ook uitdrukkelijk overwogen. In 2013 werd deze rechtspraak door de Hoge Raad zelf als volgt samengevat:

> 'In de rechtspraak van de Hoge Raad over art. 239 Sr is over de precieze reikwijdte van dit misdrijf nog het volgende beslist. In HR 25 maart 1952, NJ 1952/240, over een geval

---

311 HR 4 mei 1953, *NJ* 1953/488, m.nt. Röling.

312 Ook in 30 november 2004, *NJ* 2005/184, m.nt. Mevis (Masturberen I) zijn voor deze opvatting aanknopingspunten te vinden. Bij een geval van masturberen in het bijzijn van een jeugdige die vermoedelijk vrijwillig aanwezig was, vond de Hoge Raad dat geen sprake was van 'ontucht plegen met' die minderjarige (zie hiervoor, p. 65 e.v.). Afsluitend werd in het arrest gewezen op het bestaan van art. 239 Sr, op grond waarvan minderjarigen volgens de Hoge Raad niet verstoken zijn van strafrechtelijke bescherming tegen inbreuken op hun seksuele integriteit door gedragingen als waarvan hier sprake was. Vgl. op dit punt Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 4 bij art. 239 Sr, voetnoot 7 (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

313 Rb. 's-Gravenhage 29 februari 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC5528. Mogelijk blijkt uit Hof Den Haag 28 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2685 een soortgelijk standpunt. In het deel van de tenlastelegging dat op art. 239 Sr was geënt, stonden drie slachtoffers omschreven. Het hof kwam alleen met betrekking tot twee van hen tot een bewezenverklaring. Hoewel de kennelijke partiële vrijspraak niet werd gemotiveerd, lijkt de context erop te wijzen dat deze samenhing met het niet kunnen aannemen van weerzin aan de zijde van het derde slachtoffer.

314 Rb. Roermond 23 april 1968, *NJ* 1969/140.

315 Rb. Haarlem 24 december 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AR8212 (impliciet); Rb. Midden-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1007. In de laatstgenoemde zaak nam de rechtbank vrijwilligheid aan en overwoog daarbij: 'Ook als die persoon van de schennis geen besef heeft, is deze zijns ondanks tegenwoordig.' Niettemin nam de rechtbank bij de concrete beoordeling tevens in acht dat de dader aanzienlijk ouder was en dat de jeugdige schoorvoetend akkoord was gegaan.

> waarbij de verdachte het slachtoffer "ontuchtig had vastgegrepen" verwierp de Hoge Raad het tegen de veroordeling ter zake van art. 239 Sr gerichte cassatieberoep met als dragende overweging: "Dat een het sexuele leven betreffende gedraging, welker waarneming geschikt is anderer schaamtegevoel te kwetsen, kan bestaan in een tegen de persoon van een ander gerichte ontuchtige handeling, die dezen aldus buiten zijn wil noopt tot een dergelijk zijn schaamtegevoel kwetsend waarnemen, zo al niet door zien dan toch door voelen; dat die schending van de eerbaarheid er in dat geval een is "waarbij een ander zijns ondanks tegenwoordig is" als genoemd in art. 239 Sr, hetgeen de met die bepaling beoogde bescherming van het op het sexuele leven betrokken schaamtegevoel ten kwetsing in het algemeen ook meebrengt". In HR 18 oktober 1983, NJ 1984/310 - over een geval waarbij de verdachte de borsten en het geslachtsdeel van het slachtoffer had betast - werd het oordeel uit het arrest van 1952 uitdrukkelijk bevestigd, ook in het licht van de toen aanhangig zijnde wetswijziging die heeft geleid tot de huidige tekst van art. 239 Sr.
>
> Deze arresten geven in vergelijking met het traditionele bereik van art. 239 Sr een uitbreiding voor die gevallen waarin er – kort gezegd – seksueel contact is geweest tussen de verdachte en het slachtoffer.' [316]

Uit deze rechtspraak volgt dat het betasten van jeugdigen niet alleen kan vallen onder de zwaardere zedenmisdrijven (zoals art. 246 en 247 Sr) maar ook onder het betrekkelijk lichte art. 239 Sr. Evenwel blijkt daaruit nog niet dat de schennis ook betrekking kan hebben op het lichaam van de ander die zijns ondanks tegenwoordig is, zónder dat er lichamelijk contact is. In het arrest waaruit bovenstaand citaat is genomen, besliste de Hoge Raad dat het heimelijk filmen van (gedeeltelijk) naakte mensen niet onder art. 239 Sr te brengen is.[317] Deze beslissing biedt dus een voorbeeld van een geval dat betrekking heeft op het lichaam van de waarnemer zelf en dat juist buiten de reikwijdte van art. 239 Sr werd geplaatst. Maar omdat de Hoge Raad in het arrest geen criterium heeft aangedragen waarop dit oordeel berust, blijft de vraag staan of art. 239 Sr van toepassing kan zijn in andersoortige gevallen die betrekking hebben op het lichaam van de waarnemer zelf. Onduidelijk blijft bijvoorbeeld of het enkele feit dat een man in een sporthal welbewust onverhoeds de meisjeskleedkamer binnenloopt en daar naakte jeugdigen aantreft die door deze confrontatie stellig in hun schaamtegevoel worden aangetast, zich schuldig maakt aan schennis van de eerbaarheid.

Tot slot kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad op grond van de wetsgeschiedenis en wetssystematiek heeft geoordeeld dat art. 239 Sr niet beschermt tegen schennis van de eerbaarheid 'door middel van afbeelding of geschrift, dan door het gesproken woord'.[318] Daarbij is de Hoge Raad niet ingegaan op andere bepalingen in Titel XIV die hiertegen mogelijk wel bescherming bieden.[319]

---

316 HR 17 december 2013, *NJ* 2014/149, m.nt. Keijzer.

317 Het thema heimelijk filmen wordt afzonderlijk behandeld in paragraaf 2.9.2.

318 HR 9 december 2003, *NJ* 2004/273, m.nt. Schalken (r.o. 3.5); herhaald in HR 17 december 2013, *NJ* 2014/149, m.nt. Keijzer.

319 Wel werd in HR 9 december 2003, *NJ* 2004/273, m.nt. Schalken gewezen op art. 285b Sr (belaging; dat betreft geen zedendelict maar een delict tegen de persoonlijke vrijheid), waarvoor echter een stelselmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer nodig is, en dus een pluraliteit van handelingen in de tijd.

Bij de vraag in hoeverre jeugdigen worden beschermd tegen de confrontatie met seksuele *afbeeldingen*, springt art. 240a Sr in het oog (onder meer: het verstrekken of vertonen van schadelijke afbeeldingen aan personen jonger dan zestien jaar). Het bieden van de genoemde bescherming vormt hier juist de kern van de bepaling. Zoals bij de behandeling van andere zedenmisdrijven in deze context zal blijken, kunnen voorts andere delicten bescherming bieden tegen dergelijke confrontaties. Bij één bepaald type afbeelding lijkt zelfs art. 239 Sr nog van toepassing te kunnen zijn, namelijk bij afbeeldingen die door de jeugdige live via een communicatiemiddel, zoals een webcam, worden waargenomen. Daarop wordt dadelijk ingegaan, bij de beschouwing van art. 239 Sr in het kader van contact op afstand.

Met betrekking tot de schennis van de eerbaarheid door middel van een *geschift* of het *gesproken woord*, moet tot de conclusie worden gekomen dat de zedenwetgeving daartegen niet lijkt te beschermen.[320] Derhalve schijnt in beginsel straffeloos: het kinderen laten lezen van pornografische teksten of het voorlezen van deze teksten aan kinderen, alsook het voeren van pornografische gesprekken met kinderen. Uitzonderingen zouden zich kunnen voordoen ingeval de handeling in het openbaar wordt verricht en onder een bepaling van de toepasselijke Algemene Plaatselijke Verordening te brengen is[321], of ingeval op grond van bijkomende omstandigheden kan worden aangenomen dat sprake is van poging tot een zedenmisdrijf of voorbereiding van een zwaar zedenmisdrijf (er wordt bijvoorbeeld niet alleen voorgelezen, maar ook fysiek contact gemaakt).

Zonder dergelijke bijkomende omstandigheden en zonder dat in het openbaar wordt gehandeld, lijkt strafbaarheid met betrekking tot geschriften en het gesproken woord uitgesloten.

Contact op afstand

De laatste wijziging in art. 239 Sr vond plaats in 1986[322], nog voor de tijd waarin webcams en smartphones hun intrede deden. Of art. 239 Sr ook langs digitale weg kan worden gepleegd – via een live beeldverbinding – is dus een vraag die door de rechter moet worden beantwoord. Voor zover kon worden nagegaan heeft de Hoge Raad zich nog niet over de deze vraag gebogen. Uit zijn jurisprudentie blijken in ieder geval twee ankerpunten, die echter niet zonder meer met elkaar in overeenstemming zijn te brengen. Enerzijds heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 239 Sr niet beschermt tegen schennis van de

---

320 Met betrekking tot de blootstelling van jeugdigen aan seksuele geschriften heeft de wetgever in de jaren tachtig van de vorige eeuw zich uitdrukkelijk aangesloten bij de conclusie van de commissie-Melai dat de schadelijkheid van deze blootstelling onvoldoende evident is voor het rechtvaardigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 15 836, nr. 3, p. 6-8 en Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1973, p. 12.

321 Bijvoorbeeld onder het zogenoemde (en in de meeste gemeenten inmiddels verwijderde) vloekverbod, waarbij ook is verboden 'in het openbaar ruwe of onzedelijke taal te gebruiken'. Zie onder meer art. 95 APV van de gemeente Barneveld.

322 *Stb.* 1985, 385; wetgevingsdossier 15 836.

eerbaarheid door middel van een afbeelding.[323] Dit kwam zojuist aan de orde. Anderzijds blijkt dat het bestanddeel 'tegenwoordig zijn' (een vereiste bij niet-openbare schennis) ruim wordt opgevat. Volgens de Hoge Raad is daarvoor niet beslissend of de ander in dezelfde ruimte is als de verdachte, maar of de handeling voor de ander zichtbaar is (dit oordeel had betrekking op het geval dat een naakte man die zich in zijn woonkamer bevond bij het raam, werd waargenomen door zijn overbuurvrouw die voor haar eigen raam stond).[324] De vraag die in dit verband resteert is dus of een live beeldverbinding valt onder de 'afbeelding' die door de Hoge Raad van de reikwijdte van art. 239 Sr werd uitgesloten, of dat deze verbinding moet worden geplaatst in de sleutel van het 'zichtbaar zijn' van op dat moment plaatsvindende handelingen. In zowel Noyon-Langemeijer-Remmelink[325] als de feitenrechtspraak[326] wordt kennelijk aangesloten bij dit laatste perspectief; schennis van de eerbaarheid via een beeldverbinding wordt juridisch niet problematisch geacht. De rechtbank Haarlem oordeelde bijvoorbeeld als volgt:

> 'Indien via het internet door middel van een webcam een ontbloot geslachtsdeel waarneembaar wordt gemaakt voor een ander, is er – anders dan bij stoffelijk materiaal als afbeeldingen of voorwerpen, waarop veeleer de strafbepalingen met betrekking tot kinderpornografie kunnen zien – sprake van het versturen van "live" beelden. Hierbij is in het algemeen het effect van overrompeling en indringendheid van de waarneming groter. Daar komt nog bij dat in het onderhavige geval de beelden werden begeleid door direct contact tussen de verdachte en zijn slachtoffer middels het chatten. Naar het oordeel van de rechtbank, is degene die op deze wijze geconfronteerd wordt met dergelijke beelden bij de aldus waarneembare oneerbare handeling "tegenwoordig" als bedoeld in artikel 239 Sr.'[327]

In dit perspectief kan men dus op afstand toch 'tegenwoordig zijn' in de zin van art. 239 Sr. Opmerkelijk hierbij is wel dat een dergelijke live-beeldverbinding in andere strafrechtelijke contexten soms als 'afbeelding' wordt aangeduid, waaronder de context van art. 240a Sr (zie dadelijk, paragraaf 2.4.4.8).[328] Hoewel de Hoge Raad 'afbeeldingen' van de reikwijdte van art. 239 Sr heeft uitgesloten, moet dus worden bedacht dat door de feitenrechter thans onder art. 239 Sr bepaalde beelden worden gebracht die bij andere delicten 'afbeeldingen' worden genoemd.

---

323 HR 9 december 2003, *NJ* 2004/273, m.nt. Schalken.

324 HR 29 juni 1942, *NJ* 1942/661.

325 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1 bij art. 239 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Zie ook Kool, *DD* 2010/80.

326 Rb. Haarlem 24 december 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AR8212; Rb. Breda 23 juli 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB0089; Rb. 's-Gravenhage 14 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3919; Rb. 's-Gravenhage 29 februari 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC5528; Rb. Arnhem 15 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM1167; Rb. Midden-Nederland 11 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2777 (poging); Hof Den Haag 19 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:863; Rb. Midden-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1007. Dit oordeel is alleen door de Rechtbank Haarlem voorzien van een uitgebreide motivering, die dadelijk wordt weergegeven.

327 Rb. Haarlem 24 december 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AR8212.

328 Ook in paragraaf 2.4.4.10 wordt op dit thema ingegaan, in het kader van live kinderpornografische beeldverbindingen.

Eerder is besproken dat schennis van de eerbaarheid door middel van een geschift of het gesproken woord niet onder art. 239 Sr te brengen is en vermoedelijk ook niet onder een andere strafbepaling. Dit geldt evenzeer voor contact op afstand. Zo levert een telefoontje van een anonieme 'hijger' geen schennis van de eerbaarheid op.[329] In het algemeen lijkt te moeten worden aangenomen dat seksueel getint contact dat mondeling of schriftelijk via communicatiemiddelen met kinderen plaatsvindt (zoals bellen en chatten) als zodanig niet onder de zedenwetgeving valt. Bijkomende omstandigheden kunnen dat zoals gezegd anders maken, bijvoorbeeld wanneer de verdachte zich ontbloot voor een webcam. Dit zou op grond van de besproken visie van de feitenrechter schennis van de eerbaarheid kunnen zijn. Ook kan worden gedacht aan een seksueel getint gesprek via de telefoon waarbij de verdachte door misbruik van overwicht of bepaalde beloften de jeugdige ertoe probeert te bewegen seksuele handelingen bij zichzelf te verrichten, waardoor een poging tot het uitlokken van ontucht in de zin van art. 248a Sr in beeld komt. Ten slotte zou mogelijk een geval van poging tot grooming (art. 248e Sr) gelegen kunnen zijn in het geval dat de verdachte tijdens een seksueel getint gesprek een voorstel doet voor een ontmoeting in persoon. In paragraaf 2.4.4.11 wordt nader ingegaan op (poging tot) grooming.

Afsluiting

Uit het voorgaande is gebleken dat sprake kan zijn van schennis van de eerbaarheid wanneer jeugdigen door een ander worden geconfronteerd met naaktheid van die ander. Wanneer dit in het openbaar plaatsvindt, maakt het voor deze schennis niet uit of de jeugdige daar aanstoot aan nam of niet. Bij niet-openbare handelingen is daarentegen nog onduidelijk in hoeverre vrijwilligheid aan de zijde van de jeugdige de gelding van art. 239 Sr uitsluit. Hoewel de wetgever in beginsel van deze uitsluiting is uitgegaan, bestaan verschillende aanknopingspunten voor de stelling dat art. 239 Sr ook bij vrijwilligheid van toepassing kan zijn. De feitenrechtspraak loopt op dit punt uiteen.

Voorts kwam naar voren dat art. 239 Sr ook betrekking kan hebben op het lichaam van de ander die zijns ondanks tegenwoordig is. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de verdachte het lichaam van die ander zonder instemming betast. Onduidelijk is echter of art. 239 Sr ook ziet op situaties die betrekking hebben op het lichaam van de ander zonder dat er lichamelijk contact is, zoals bij het welbewust onverhoeds betreden van een ruimte waarin een jeugdige, zich omkledend, naakt aanwezig is.

Zoals besproken beschermt art. 239 Sr volgens de Hoge Raad niet tegen schennis van de eerbaarheid door middel van een afbeelding of een geschrift, dan wel door middel van het gesproken woord. Het confronteren van jeugdigen met seksuele afbeeldingen valt binnen de reikwijdte van andere zedenmisdrijven, zoals art. 240a Sr. Daarentegen lijkt het confronteren van jeugdi-

[329] HR 9 december 2003, *NJ* 2004/273, m.nt. Schalken; herhaald in HR 17 december 2013, *NJ* 2014/149, m.nt. Keijzer.

gen met seksuele teksten of het voeren van seksueel getinte gesprekken met jeugdigen, als zodanig niet onder Titel XIV te brengen en lijkt voorts, zonder bijkomende omstandigheden, ook geen andere strafbepaling van toepassing. Hierbij maakt het geen verschil of dit contact plaatsvindt in persoon (bijvoorbeeld het voorlezen van pornografische teksten) of op afstand (bijvoorbeeld het seksueel getint chatten via internet).

Wat contact op afstand betreft is ten slotte aan de orde gekomen dat schennis van de eerbaarheid via een live beeldverbinding (bijvoorbeeld het laten zien van het geslachtsdeel via een webcam) in de literatuur en in de feitenrechtspraak mogelijk wordt geacht. In die lezing vallen dergelijke beelden kennelijk niet onder 'afbeeldingen' die de Hoge Raad van art. 239 Sr heeft uitgesloten. Daarbij moet worden opgemerkt dat diezelfde live-beelden in de context van andere bepalingen, zoals art. 240a Sr, door sommige rechters wel worden aangemerkt als 'afbeeldingen' (zie paragraaf 2.4.4.8).

2.4.4.7 Art. 248d Sr

> Artikel 248d Sr
> Hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, met ontuchtig oogmerk ertoe beweegt getuige te zijn van seksuele handelingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

Wetsgeschiedenis

In 2007 introduceert het Verdrag van Lanzarote (VvL) voor verdragsstaten de verplichting het seksueel corrumperen van kinderen strafbaar te stellen, wat in Nederland leidt tot invoering van art. 248d Sr in 2010. Volgens de toelichting op het VvL betreft het een nieuw type delict 'which is intended to address the conduct of making a child watch sexual acts, or performing such acts in the presence of children, which could result in harm to the psychological health of the victim, with the risk of serious damage to their personality, including a distorted vision of sex and of personal relationships'.[330] De verplichting luidt in het Engels en Nederlands als volgt:

> *Article 22. Corruption of children*
> Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional causing, for sexual purposes, of a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2 [de leeftijd van seksuele meerderjarigheid, KL], to witness sexual abuse or sexual activities, even without having to participate.

> *Artikel 22. Het corrumperen van kinderen*
> Elke Partij neemt de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn voor het strafbaar stellen van het opzettelijk getuige laten zijn, voor seksuele doeleinden, van een kind dat de ingevolge artikel 18, tweede lid, vastgestelde leeftijd [de leeftijd van sek-

330 *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (beschikbaar op «coe.int»), overweging 151.

> suele meerderjarigheid; KL] niet heeft bereikt, van seksueel misbruik of seksuele activiteiten, ook zonder dat het kind daaraan moet deelnemen.

In de toelichting wordt verder overwogen dat voor het delict niet is vereist dat het kind op enigerlei wijze deelneemt aan de seksuele handelingen en wordt benadrukt dat de delictsgedraging zowel 'intentionally' als 'for sexual purposes' moet worden verricht. Ten slotte geeft de toelichting aan dat de uitleg van de term 'causing' ('causing … to witness'; 'getuige laten zijn') aan de verdragsstaten zelf wordt overgelaten, waarbij evenwel aanvullend werd aangegeven dat 'this could include any way in which the child is made to witness the acts, such as by force, coercion, inducement, promise, etc.'.[331]

Bij de goedkeuring en implementatie van het Verdrag van Lanzarote komen verschillende aspecten van het voorgestelde art. 248d Sr aan de orde.

Allereerst wordt bij de duiding van art. 248d Sr vanzelfsprekend geleund op de verdragstoelichting. Zo wordt opgemerkt dat de bepaling strekt tot bescherming van het kind tegen schadelijke invloeden op de persoonlijke en seksuele ontwikkeling[332], ook wel uitgedrukt als scheefgroei van deze ontwikkeling.[333] Opmerkelijk is wel dat het volgens de regering bij art. 248d Sr 'in het bijzonder' gaat om gedragingen 'die tot doel hebben een kind vatbaar te maken voor seksuele uitbuiting of seksueel misbruik'.[334] Die specifieke strekking van het delict blijkt noch uit het verdrag, noch uit de verdragstoelichting. Daarin worden de gedragingen gekenmerkt door de seksuele gezondheids- en ontwikkelingsrisico's die zij voor het kind meebrengen, en door de omstandigheid dat zij opzettelijk en 'for sexual purposes' worden verricht. Dat het begrip 'for sexual purposes' in het bijzonder zou zien op beoogd toekomstig misbruik, blijkt niet.

Bij de totstandkoming van art. 248d Sr wordt tevens ingegaan op de betekenis van het bestanddeel *'ontuchtig oogmerk'*, het bestanddeel dat uitdrukking moet geven aan het begrip 'for sexual purposes'. Uit die toelichting kan alsnog worden opgemaakt dat de wetgever een ruimere strekking van dat begrip onderkent:

> 'Het confronteren van het kind met seksuele handelingen dient voorts plaats te vinden voor «sexual purposes». In artikel 248d wordt dit geïmplementeerd met het bestanddeel «ontuchtig oogmerk». Onder dit bestanddeel valt bijvoorbeeld de situatie waarin de dader tracht de seksuele vorming van een kind door confrontatie met seksuele handelingen op zodanige wijze negatief te beïnvloeden dat een kind voor de toekomst eerder geneigd is met het ondergaan van ontucht in te stemmen, of wanneer de dader voor zijn eigen seksueel gerief een kind aanwezig laat zijn bij seksuele handelingen. Het vereiste van een ontuchtig oogmerk bij de dader maakt dat niet elke situatie waarin een kind wordt bewogen tot het aanschouwen van seksuele handelingen, strafbaar is. Confrontatie met seksuele handelingen in het kader van seksuele voorlichting en seksuele

---

331 Idem, overwegingen 152-154.

332 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 3, p. 12; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 5.

333 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 5. Zie hierover ook paragraaf 2.4.3.6.

334 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 3, p. 12-13; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 5.

> ervaringen die onderdeel uitmaken van de normale seksuele ontwikkeling van opgroeiende kinderen, vallen buiten de reikwijdte van de strafbaarstelling. In die gevallen ontbreekt immers het ontuchtig oogmerk.'[335]

Het gaat dus niet alleen om gedragingen die tot doel hebben de seksuele vorming negatief te beïnvloeden ten behoeve van toekomstig misbruik, maar ook om het bewerkstelligen van de waarneming van het kind voor eigen seksueel gerief. Daarbij valt op dat de twee genoemde oogmerkvarianten kennelijk niet uitputtend zijn bedoeld; de varianten worden als voorbeelden naar voren gebracht. Dat doet de vraag rijzen welke andere varianten volgens de wetgever in deze context denkbaar zijn.

Omdat het bestanddeel een strafrechtelijk novum betreft – 'ontuchtig oogmerk' komt in geen andere bepaling voor – kan niet elders te rade worden gegaan. Indien alleen wordt gelet op de bekende afzonderlijke betekenis van 'ontuchtig' en van 'oogmerk', zou van 'ontuchtig oogmerk' reeds sprake kunnen zijn wanneer de dader zeker weet dat, als gevolg van zijn handelen, het kind seksuele handelingen waarneemt en dat dit handelen in strijd is met de sociaal-ethische norm. Een dergelijk oogmerk vereist geen sterke wilscomponent, dus ook niet dat de dader een toekomstig seksueel doel nastreeft of dat hij aan de waarneming seksueel gerief wil ontlenen.[336] Bij deze invulling is echter duidelijk dat de samenhang met het verdrag ('for sexual purposes') is weggevallen, terwijl uit de wetsgeschiedenis niet kan worden opgemaakt dat de wetgever op dit punt verder wenst te gaan dan het verdrag. Daardoor is goed verdedigbaar dat, volgens de wetgever, voor 'ontuchtig oogmerk' een wilscomponent met een duidelijk seksuele strekking nodig is; een seksueel motief. Naast de door de wetgever genoemde voorbeelden zou dan tevens kunnen worden gedacht aan het geval dat iemand seksuele handelingen verricht met een ander, en een jeugdige ertoe beweegt naar die handelingen te kijken omdat hij weet dat (weliswaar niet hij maar wel) die ander door het toekijken van de jeugdige opgewonden raakt.

Tot slot blijken uit de geciteerde wetsgeschiedenis omstandigheden waaronder het ontuchtig oogmerk ontbreekt. Dit is het geval bij confrontatie met seksuele handelingen in het kader van seksuele voorlichting en bij seksuele ervaringen die onderdeel uitmaken van de normale seksuele ontwikkeling van opgroeiende kinderen. Deze omstandigheden beletten kennelijk dat een eventueel seksueel oogmerk als ontuchtig oogmerk kan worden bestempeld; dergelijk handelen wordt niet in strijd geacht met de sociaal-ethische norm.

335 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 8.

336 Vgl. HR 5 januari 1982, *NJ* 1982/232 m.nt. Van Veen (art. 326 Sr; Gevangenisvoedsel II) en HR 21 april 1998, *NJ* 1998/610 (art. 189 Sr), waarin de Hoge Raad, voor het oogmerk, de wilscomponent afleidt uit de wetenschap van de verdachte dat een bepaalde omstandigheid een noodzakelijk gevolg is van zijn handelen ('omdat zijn handelen, naar hij moet hebben beseft, als noodzakelijk en *dus door hem gewild* gevolg meebracht dat…', aldus de Hoge Raad in deze arresten; cursivering toegevoegd).

Aan de centrale delictsgedraging – de jeugdige *ertoe bewegen getuige te zijn van seksuele handelingen* – besteedt de memorie van toelichting niet veel aandacht. Wat de waargenomen handelingen betreft, wordt vermeld dat de verdragsaanduiding 'seksueel misbruik of seksuele activiteiten' is omgezet in het ruime begrip '*seksuele handelingen*', dat mede ontuchtige handelingen kan omvatten.[337]

Over *'ertoe bewegen'* wordt slechts overwogen dat dit een actieve gedraging impliceert, gericht op het brengen van het kind tot het getuige zijn van seksuele handelingen.[338] Eerder bleek uit de toelichting op het Verdrag van Lanzarote dat de verdragsstaten vrij zijn de reikwijdte van 'causing' zelf te bepalen en dat hieronder onder meer het gebruik van 'force, coercion, inducement, promise, etc.' zou kunnen worden geschaard. Hoe 'ertoe bewegen' zich volgens de wetgever verhoudt tot deze voorbeelden, blijkt niet uitdrukkelijk. Kennelijk is enkel nalaten onvoldoende, omdat dit evident geen 'actieve gedraging' behelst. Daarnaast is opvallend dat 'ertoe bewegen' afwijkt van de oorspronkelijke vertaling van 'causing to witness' – 'getuige *laten* zijn' – opgenomen in de Nederlandse versie van art. 22 VvL. Anders dan 'laten zijn' lijkt 'ertoe bewegen' een psychische causaliteit te vereisen tussen de delictsgedraging en de waarneming, waarmee het bestanddeel beperkt zou zijn tot gevallen waarbij de gedraging van de dader leidt tot het wilsbesluit van de jeugdige om te (blijven) kijken. Dat 'ertoe bewegen' nader is omschreven als '*brengen tot*' biedt voor deze kwestie geen doorslaggevend inzicht. In ieder geval wordt 'ertoe bewegen' ('bewegen tot') in delictsomschrijvingen zoals die in art. 248a Sr (verleiding) en art. 326 Sr (oplichting) gekenmerkt door de psychische causaliteit.[339] Een vereiste van psychische causaliteit zou concreet meebrengen dat bijvoorbeeld het met ontuchtig oogmerk onverhoeds confronteren van de jeugdige met seksuele handelingen, buiten de reikwijdte van art. 248d Sr valt. Dat de wetgever ook deze onverhoedse confrontatie als seksueel corrumperen heeft willen aanmerken, blijkt nergens expliciet en kan voorts niet zonder meer worden gegrond op de ratio van art. 248d Sr. Zoals dadelijk wordt besproken is door de wetgever namelijk ingezien dat de strafbaarheid van onvrijwillige confrontaties met een seksuele strekking niet volledig afhankelijk is van de reikwijdte van art. 248d Sr; ook de lichtere misdrijven in art. 239 en 240a Sr kunnen onder omstandigheden bescherming bieden tegen dergelijke confrontaties. Tegen deze achtergrond is opvallend (i) dat art. 248d Sr door de wetgever is verbonden aan de strafverzwaringsgronden in art. 248 Sr, en art. 239 en 240a Sr niet, (ii) dat art. 248d Sr een geval van voorlopige hechtenis weergeeft[340] en art. 239 en 240a Sr niet, (iii) dat aan art. 248d Sr een hoorrecht voor de jeugdige is verbonden[341] en aan art. 239 en 240a Sr

337 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 8.
338 *Idem.*
339 Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 4 bij art. 248a Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014) en, in ruimere zin, aant. 2 bij art. 326 Sr (bewerkt door J.W. Fokkens; bijgewerkt tot 1 februari 2010).
340 Art. 67 Sv.
341 Art. 167a Sv.

niet, en (iv) dat een veroordeling ter zake van art. 248d Sr een verzwaard regime doet ontstaan in het kader van de Verklaring Omtrent het Gedrag[342], en een veroordeling ter zake van art. 239 en 240a Sr niet. Deze omstandigheden doen vermoeden dat de wetgever de lat van art. 248d Sr niet al te laag heeft willen leggen. Voor de betekenis van 'ertoe bewegen' biedt de wetsgeschiedenis dus weliswaar geen doorslaggevende informatie, maar lijkt op basis van de context een vereiste van psychische causaliteit aannemelijk.

Het bestanddeel *'getuige zijn'* wordt aanvankelijk niet toegelicht. Bij de goedkeuring van het Verdrag van Lanzarote informeert het CDA in de Eerste Kamer naar de betekenis van dit bestanddeel. In het bijzonder vraagt het CDA zich af of art. 248d Sr ook van toepassing is bij het waarnemen van beeldmateriaal, bijvoorbeeld via de computer:

> 'Artikel 248d dat het «corrumperen van kinderen» strafbaar stelt, spreekt van het ertoe bewegen van een persoon die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt «getuige te zijn» van seksuele handelingen. Anders dan de voorgestelde artikelen 240b, eerste lid, en 248e Wetboek van Strafrecht bevat dit artikel geen indicatie of het alleen gaat om het getuige zijn van reële handelingen of dat ook bijvoorbeeld televisie- of computerbeelden hieronder vallen.
>
> Deze vraag komt temeer op bij de leden van de CDA-fractie, omdat in de memorie van toelichting (pag. 1) met nadruk wordt gesteld dat de toegevoegde waarde van het Verdrag waarvan dit wetsvoorstel een uitvoering vormt vooral ligt in het feit dat het «de gevolgen van de voortschrijdende digitalisering van de maatschappij en ontwikkeling van de techniek in ogenschouw neemt».
>
> In de nieuwe versie van artikel 240b, eerste lid, Sr. wordt immers ook gesproken van een «geautomatiseerd werk» en van een «communicatiedienst ». «Grooming» (strafbaar gesteld in het nieuwe artikel 248e) speelt zich per definitie in een digitale omgeving af. Ook het corresponderende artikel van het Verdrag (artikel 22) bevat hieromtrent geen expliciete bepaling. Dit geeft de leden van de CDA-fractie aanleiding tot het stellen van de volgende vraag: valt onder artikel 248d ook niet-bewegend beeldmateriaal zoals gedrukte stukken?'[343]

De minister reageert als volgt:

> 'De leden van de fractie van het CDA stelden enkele vragen over de in het voorgestelde artikel 248d Sr opgenomen strafbaarstelling van seksuele corruptie. Deze leden vroegen of de voorgestelde strafbaarstelling alleen ziet op het een kind getuige laten zijn van reële handelingen of dat ook het laten aanschouwen van televisie- of computerbeelden onder de reikwijdte van de bepaling valt. Voorts vroegen zij of ook niet-bewegend beeldmateriaal zoals afgedrukte afbeeldingen onder de reikwijdte kan vallen. (...) Graag beantwoord ik deze vragen in onderlinge samenhang als volgt. Het voorgestelde artikel 248d Sr geeft uitvoering aan artikel 22 van het Verdrag. Artikel 22 van het Verdrag verplicht tot het strafbaar stellen van het opzettelijk een kind laten aanschouwen van seksueel misbruik of seksuele handelingen voor seksuele doeleinden. Het dient daarbij te gaan om reële handelingen. Het tonen van afbeeldingen valt noch onder de reikwijdte van dit verdragsartikel noch onder de reikwijdte van het voorgestelde artikel 248d Sr. Graag wijs ik deze leden in dit verband evenwel op artikel 240a Sr. Voormeld artikel biedt personen beneden de leeftijd van 16 jaar bescherming tegen

342 Zie paragraaf 3.1.1 van de Beleidsregels 2013 voor het beoordelen van aanvragen ter verkrijging van een verklaring omtrent het gedrag van natuurlijke personen en rechtspersonen (*Stcrt*. 2013, 5409).

343 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 808 en 31 810, B, p. 6.

> schadelijk beeldmateriaal. De vertoning aan een kind beneden de leeftijd van 16 jaar van afbeeldingen – bewegend dan wel in gedrukte vorm – van seksuele aard valt, wanneer dat voor kinderen onder die leeftijd schadelijk is te achten, onder de reikwijdte van de desbetreffende strafbepaling.'[344]

Gelet op de structuur van de vragen van het CDA, valt op dat de term 'reële handelingen' wordt geplaatst tegenover termen als 'televisie- of computerbeelden' en 'een digitale omgeving'. Het CDA wijst daarbij tevens op 'de voortschrijdende digitalisering van de maatschappij en ontwikkeling van de techniek'. Tegen deze achtergrond lijkt de term 'reële handelingen' zo te moeten worden verstaan dat zij louter ziet op direct waar te nemen handelingen, dus zonder tussenkomst van een beeldscherm. Vervolgens lijkt het antwoord van de minister dezelfde structuur aan te houden, waarbij uiteindelijk wordt geïmpliceerd dat alleen reële handelingen onder art. 248d Sr vallen. Bij de beoordeling van het antwoord van de minister kan aanvullend worden betrokken dat het fenomeen 'webcamcontact' en soortgelijke communicatie regelmatig aan de orde zijn in het wetgevingstraject[345], en voorts dat het Verdrag van Lanzarote inderdaad geen enkele sturing geeft aan de reikwijdte van het delict op dit punt.

Deze context wekt sterkt de indruk dat niet alleen het waarnemen van opgenomen of afgedrukte beelden, maar ook het waarnemen van *live*-beelden via digitale communicatiemiddelen zoals een webcam, volgens de minister buiten de werkingssfeer van art. 248d Sr valt. Natuurlijk is niet specifiek over *live*-beelden gesproken en zou het begrip 'reële handelingen' op zichzelf genomen ook betrekking kunnen hebben op 'handelingen die op dat moment plaatsvinden'. In die betekenis zou ook bij *live*-beelden sprake zijn van 'reële handelingen'. In dat opzicht is begrijpelijk dat wordt getwijfeld over de status van art. 248d Sr in een digitale context, zoals Machielse en Kool dat lijken te doen.[346] Machielse overweegt in het kader van art. 248d Sr:

---

344 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 808 en 31 810, C, p. 9-10.

345 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 5, p. 8; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken I* 2009/10, 31 808 en 31 810, B, p. 4.

346 Zie Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 246 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014) en Kool, *DD* 2010/80. Het standpunt van Kool lijkt beide benaderingen te omvatten. In het kader van een zoektocht naar uitspraken waarin voorvallen van seksueel corrumperen in de zin van art. 248d Sr kunnen worden ontwaard (ook al zouden deze zaken anders zijn afgedaan), overweegt zij: 'De bevinding dat in het merendeel van de zaken sprake is van digitale of fysieke seksuele contacten, bevestigt de verwachting dat seksueel corrumperen een minder voorkomend delict is.' Hierbij lijkt zij 'digitale contacten' dus uit te sluiten van de reikwijdte van seksueel corrumperen. Elders overweegt zij echter (voetnoot 27): '[...] In aanvulling hierop kan worden opgemerkt dat artikel 240a ook waarnemingen van reële handelingen omvat die door de dader voor de webcam worden uitgevoerd. Hoewel de vraag of artikel 248d van toepassing zou zijn op dergelijke indirecte waarnemingen in het wetgevingsdebat niet aan de orde is geweest, kan men betogen dat het gaat om confrontatie met reële handelingen. Bovendien is niet uitgesloten dat het achterliggend doel daarvan ligt in het prepareren van de minderjarige voor toekomstig seksueel misbruik [...]. Zo geredeneerd is er overlap tussen artikel 240a en 248d. Gelet op de nadruk op het vereiste van fysieke aanwezigheid van de minderjarige ex artikel 248d lijkt toepassing van artikel 240a in dergelijke gevallen echter niet aan de orde.'

> 'Maar wat te denken van de waarnemingen van beelden die rechtstreeks door een webcam worden uitgezonden. Het verschil met art. 240a Sr lijkt dan niet al te groot. Anderzijds zal het waarnemen van de beelden van een webcam wellicht meer indruk maken omdat de minderjarige zal beseffen dat deze seksuele handelingen onderdeel uitmaken van de realiteit waarin hij zich heeft begeven en omdat dikwijls communicatie over en weer mogelijk zal zijn.'[347]

Op de relatie tussen art. 248d Sr en art. 240a Sr wordt in het implementatietraject nog in algemene zin ingegaan.

Ten eerste geeft de regering aan dat art. 240a Sr jeugdigen beschermt tegen schadelijk beeldmateriaal en dat het strafbaar gestelde gedrag wordt bedreigd met een maximale gevangenisstraf van één jaar. Het voorgestelde art. 248d Sr moet volgens de regering evenwel als ernstiger worden beschouwd, waardoor een strafmaximum van twee jaar passend wordt geacht.

Ten tweede is er discussie over de plaatsing van het nieuwe delict. De SP constateert dat het bij zowel art. 248d Sr als art. 240a Sr gaat om de confrontatie met seksuele handelingen en niet om het plegen van ontucht met of door minderjarigen. Op grond daarvan zou de wetssystematiek beter gediend zijn wanneer de nieuwe bepaling direct na art. 240a Sr wordt opgenomen, aldus de SP.[348] De minister ziet dat evenwel anders:

> 'Zowel artikel 240a Sr als het voorgestelde artikel 248d Sr beogen kinderen beneden de leeftijd van 16 jaar te beschermen tegen schadelijke beïnvloeding. Bij artikel 240a Sr gaat het om bescherming tegen schadelijk beeldmateriaal, waarbij sprake kan zijn van beelden van seksuele aard, maar ook van beelden met een gewelddadig karakter. Het voorgestelde artikel 248d Sr staat nadrukkelijk in de sleutel van de bescherming van kinderen tegen seksueel misbruik en seksuele uitbuiting, en beoogt zulks te voorkomen. Anders dan de leden van de SP van mening lijken te zijn, is deze gedraging een vorm van seksueel misbruik. Dat geen sprake behoeft te zijn van fysiek contact tussen dader en slachtoffer doet daaraan niet af. Dat geldt immers evenzeer voor het voorgestelde artikel 248e Sr [grooming; KL]. In het licht van het voorgaande ben ik van mening dat vanuit wetssystematisch oogpunt de voorgestelde plaatsing juist is.'[349]

De minister is van mening dat de ernst van de nieuwe strafbaarstelling onvoldoende tot uiting komt wanneer deze na art. 240a Sr wordt geplaatst, omdat het bij art. 248d Sr, evenals bij art. 248e Sr, gaat om een vorm van seksueel misbruik.

Deze kwalificatie correspondeert inderdaad met de afspraken in het Verdrag van Lanzarote, waarin wordt bepaald dat alle daarin voorgestelde strafbepalingen worden aangeduid als 'seksuele uitbuiting en seksueel misbruik van kinderen' (art. 3 onder b VvL). Maar juist dat maakt de repliek van de minister niet direct te begrijpen. Op basis van het Verdrag van Lanzarote wordt ook kinderpornografie aangeduid als 'seksueel misbruik'. Juist de plaatsing van het nieuwe delict na art. 240a en vóór art. 240b Sr (kinderpornografie) zou, gerelateerd aan het beschermde belang en de kwalificatie, een pas-

347 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 248d Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

348 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 6, p. 5.

349 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 7, p. 7.

sende plaats zijn geweest. Het dragende argument lijkt dus vooral de nummering te betreffen; om de alom bekende nummering '240b' te behouden voor kinderpornografie, zou voor het nieuwe delict een onhandige aanduiding moeten worden gekozen tussen '240a' en '240b'.

Ook de relatie met art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid) komt bij de totstandkoming van art. 248d Sr nog aan de orde. In de consultatieronde bij de implementatie van het Verdrag van Lanzarote wordt de regering door de NOvA en het OM gevraagd in de memorie van toelichting nader in te gaan op deze verhouding. De regering doet dit als volgt:

> 'Artikel 239 van het Wetboek van Strafrecht biedt aanknopingspunten voor de strafrechtelijke aanpak van de in artikel 22 van het Verdrag omschreven gedragingen. Artikel 239, onder 3°, Sr stelt strafbaar de schennis van de eerbaarheid op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is. Onder omstandigheden zouden de in het Verdrag bedoelde gedragingen mogelijk onder de reikwijdte van deze bepaling kunnen worden gebracht (vgl. Hoge Raad 30 november 2004, NJ 2005, 184, rov. 3.4). Het begrip «zijns ondanks» sluit echter in beginsel uit dat handelingen waarbij een ander vrijwillig tegenwoordig is, strafbaar zijn. Kinderen dienen daarentegen ook uitdrukkelijk te worden beschermd tegen schadelijke gedragingen van anderen, waarvan zij zelf de schadelijkheid mogelijk niet beseffen. De NOvA heeft aangegeven dat in deze bescherming zou kunnen worden voorzien door een aanvulling van artikel 239 Sr. Een nieuwe strafbaarstelling, zoals in dit wetsvoorstel voorgesteld, werd door de NOvA ontraden. Naast het hierboven omschreven verschil, heeft artikel 22 van het Verdrag naar mijn mening een andere strekking dan artikel 239 Sr. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat artikel 239 Sr in zijn algemeenheid ziet op gedragingen die voor het normaal ontwikkeld schaamtegevoel als kwetsend moeten worden aangemerkt. Artikel 22 van het Verdrag staat daarentegen nadrukkelijk in de sleutel van de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik. Tegen deze achtergrond en met het oog op een effectieve bescherming, verdient een afzonderlijke strafbaarstelling van de in het Verdrag omschreven gedragingen de voorkeur. Het voorgestelde artikel 248d Sr strekt daartoe. Daarmee wordt aan kinderen op een eenduidige en adequate wijze strafrechtelijke bescherming tegen voormelde gedragingen geboden.'[350]

De invoering van art. 248d Sr berust dus onder meer op de veronderstelling dat het bestanddeel 'zijns ondanks' in art. 239 Sr in beginsel niet van toepassing kan zijn indien de waarneming door de jeugdige op vrijwillige basis plaatsvindt. Dit kwam eerder in paragraaf 2.4.4.6 al aan bod, waar tot de conclusie werd gekomen dat bij deze veronderstelling geen rekening wordt gehouden met een ruimere opvatting in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In ieder geval geeft de regering voorts aan dat voor afzonderlijke strafbaarstelling is gekozen omdat de strekking van art. 239 Sr afwijkt van hetgeen nodig wordt geacht; art. 239 Sr staat niet uitdrukkelijk in de sleutel van de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik.

Terugkijkend op de voorgaande bespreking van de wetsgeschiedenis van art. 248d Sr kunnen de volgende hoofdpunten worden genoemd.

---

350 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 5-6.

Met de invoering van art. 248d Sr wordt uitvoering gegeven aan de verplichting uit het Verdrag van Lanzarote om het seksueel corrumperen van jeugdigen strafbaar te stellen. De bepaling strekt tot bescherming van het kind tegen scheefgroei van de persoonlijke en seksuele ontwikkeling. Hoewel de wetgever aanvankelijk stelt dat het bij art. 248d Sr in het bijzonder gaat om gedragingen die tot doel hebben een kind vatbaar te maken voor seksuele uitbuiting of seksueel misbruik, blijkt uit de toelichting op het bestanddeel 'ontuchtig oogmerk' een ruimere kern. Het gaat niet alleen om gedragingen die tot doel hebben de seksuele vorming negatief te beïnvloeden ten behoeve van toekomstig misbruik, maar bijvoorbeeld ook om gedragingen voor eigen seksueel gerief. Andere voorbeelden van het vereiste 'ontuchtig oogmerk' worden niet gegeven, maar in alle gevallen lijkt sprake te moeten zijn van een seksuele bedoeling. De wetgever formuleert ook enkele uitzonderingen: bij het geven van (bedoeld zal zijn: normale) seksuele voorlichting en bij seksuele ervaringen die onderdeel uitmaken van de normale seksuele ontwikkeling van opgroeiende kinderen, wordt het ontuchtig oogmerk geacht te ontbreken.

De centrale delictsgedraging in art. 248d Sr is de jeugdige ertoe bewegen getuige te zijn van seksuele handelingen. Volgens de wetgever wordt met 'seksuele handelingen' tevens gedoeld op ontuchtige handelingen. Voorts wordt het bestanddeel 'ertoe bewegen' uitgelegd als een actieve gedraging gericht op het brengen van het kind tot het getuige zijn van seksuele handelingen. Een nadere toelichting op dit bestanddeel ontbreekt. De uitdrukking 'ertoe bewegen' lijkt te veronderstellen dat de jeugdige wordt overgehaald te kijken. In die betekenis valt een onverhoedse confrontatie met seksuele handelingen niet onder de werkingssfeer van art. 248d Sr. Wat het bestanddeel 'getuige zijn' betreft, komt tijdens de parlementaire behandeling de vraag ter sprake of het slachtoffer getuige dient te zijn van reële handelingen, of dat ook het waarnemen van bewegende of stilstaande beelden onder de bepaling kan worden gebracht. Samengevat is het antwoord van de minister dat art. 248d Sr alleen betrekking heeft op reële handelingen; voor schadelijke bewegende en stilstaande beelden bestaat art. 240a Sr. Gelet op de context van deze discussie kan dit antwoord betekenen dat ook waarnemingen via een *live* beeldverbinding volgens de wetgever buiten de reikwijdte van art. 248d Sr vallen, maar zeker is dat niet.

Ten slotte wordt de algemene relatie tussen art. 248d Sr enerzijds en art. 240a Sr en art. 239 Sr anderzijds besproken. Gerelateerd aan het strafmaximum van art. 240a Sr (één jaar) wordt een strafmaximum van twee jaren voor art. 248d Sr passend geacht, vanwege de hogere ernst van de gedraging. De SP stelt nog voor art. 248d Sr op systematische gronden direct na art. 240a Sr op te nemen, maar de minister acht de voorgenomen plaatsing beter omdat overtreding van art. 248d Sr als een vorm van seksueel misbruik moet worden gezien. Met betrekking tot art. 239 Sr is de minister van mening dat dit artikel bruikbaar zou kunnen zijn voor de bestrijding van een deel van de gewraakte handelingen, maar niet voor de bestrijding van die handelingen die door de jeugdige op basis van vrijwilligheid worden waargenomen. Een nieuwe bepaling heeft de voorkeur boven uitbreiding van art. 239 Sr omdat daarmee beter

de eigen strekking tot uiting komt: de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik.

Het nieuwe art. 248d Sr treedt in werking op 1 januari 2010.[351] Niet lang daarna, in 2011, komt vanuit de Europese Unie Richtlijn 2011/93/EU tot stand, de richtlijn ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie. De richtlijn bevat veel overeenkomsten met het Verdrag van Lanzarote, zo ook op het onderhavige terrein. Als onderdeel van de bepaling inzake seksueel misbruik bevat de richtlijn de volgende verplichtingen:

> *Artikel 3 - Strafbare feiten op het gebied van seksueel misbruik*
> 1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de in de leden 2 tot en met 6 bedoelde opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld.
> 2. Het voor seksuele doeleinden bewerkstelligen dat een kind dat nog niet seksueel meerderjarig is, getuige is van seksuele handelingen, ook zonder dat het daaraan hoeft deel te nemen, wordt gestraft met een maximumgevangenisstraf van ten minste één jaar.
> 3. Het voor seksuele doeleinden bewerkstelligen dat een kind dat nog niet seksueel meerderjarig is, getuige is van seksueel misbruik, ook zonder dat het daaraan hoeft deel te nemen, wordt gestraft met een maximumgevangenisstraf van ten minste twee jaar.
>
> (...)

De bepaling over seksueel corrumperen in het Verdrag van Lanzarote (art. 22) is te herkennen in art. 3 lid 2 en lid 3 van de richtlijn. Bij de implementatie volstaat Nederland dan ook met een verwijzing naar het reeds bestaande art. 248d Sr.[352] Dit neemt niet weg dat een tweetal bijzonderheden is aan te wijzen.

Allereerst worden in de richtlijn minimum-strafmaxima verplicht, waarbij onderscheid is gemaakt tussen het bewerkstelligen van het waarnemen van *seksuele handelingen* (wat moet worden bedreigd met een strafmaximum van ten minste één jaar; lid 2) en het bewerkstelligen van het waarnemen van *seksueel misbruik* (wat moet worden bedreigd met een strafmaximum van ten minste twee jaren; lid 3). Hieruit is af te leiden dat Nederland, achteraf gezien, met art. 248d Sr verder gaat dan waartoe de richtlijn verplicht: een jeugdige ertoe bewegen getuige te zijn van seksuele handelingen die op zichzelf niet ontuchtig zijn en dus geen misbruik vormen, moet volgens de richtlijn worden gekoppeld aan een strafmaximum van ten minste één jaar, maar wordt in art. 248d Sr bedreigd met een maximum van twee jaren. In art. 248d Sr wordt immers geen onderscheid gemaakt.

Daarnaast wordt de centrale delictsgedraging in de Nederlandse tekst van de richtlijn omschreven met de vrij neutrale term 'bewerkstelligen' (art. 3 lid 2 en lid 3). In de Engelse tekst van de richtlijn wordt gesproken van 'causing', net als eerder in de Engelse tekst van het Verdrag van Lanzarote (art. 22). Waar de vertaling van 'causing' bij het Verdrag van Lanzarote leidde tot

[351] *Stb.* 2009, 544.
[352] *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 4 en 18.

de term 'laten zijn' (art. 22), is dat bij de richtlijn dus 'bewerkstelligen' geworden. Dit leidt ertoe dat uiteindelijk vier Nederlandse termen worden gebruikt om de gedraging aan te duiden: 'laten zijn' (VvL), 'bewerkstelligen (Richtlijn 2011/93/EU), 'ertoe bewegen' (art. 248d Sr) en 'ertoe brengen' (in de toelichting op 'ertoe bewegen'). Eerder is geconcludeerd dat 'ertoe bewegen' op grond van de woordelijke betekenis, de wetssystematiek en de wetsgeschiedenis lijkt te duiden op een geval van overreden; de jeugdige wordt overgehaald om te kijken. Maar bij deze interpretatie is niet elk geval van 'bewerkstelligen' een geval van 'ertoe bewegen'. Zo is onverhoeds confronteren misschien wel het 'bewerkstelligen' van waarneming, maar niet zonder meer het 'bewegen tot' waarneming. Daardoor dringt zich de vraag op of de richtlijn de verplichting behelst om bij de implementatie en latere uitleg rekening te houden met ruime woordelijke strekking van de termen in de richtlijn. Dat ligt in dit geval minder voor de hand, gezien het feit dat veel bepalingen uit het Verdrag van Lanzarote zijn overgenomen met het kennelijke doel deze te incorporeren in de sterkere rechtsorde van de EU.[353] Bovendien bevat de richtlijn ten opzichte van het Verdrag van Lanzarote expliciete afwijkingen en aanvullingen. Daardoor is het uitgangspunt aannemelijk dat de betekenis van de verplichtingen uit de richtlijn in beginsel alleen afwijkt van die van het Verdrag van Lanzarote voor zover betekenisverschillen evident zijn. Door de ongewijzigde Engelse terminologie ('causing') is een betekenisverschil hier allerminst evident. En dat brengt mee dat de context van het Verdrag van Lanzarote relevant moet worden geacht, inclusief het *explanatory report*, waarin wordt overwogen dat de uitleg van 'causing' aan de staten zelf wordt overgelaten. In dit kader kan dus niet worden gezegd dat art. 3 van Richtlijn 2011/93/EU ten opzichte van art. 22 VvL, voor Nederland aanvullende verplichtingen schept.

Al met al blijkt dat de komst van Richtlijn 2011/93/EU de positie van art. 248d Sr weliswaar heeft verstevigd door de aard van het instrument, maar niet inhoudelijk heeft beïnvloed.

Rechtspraak

Op dit moment is alleen nog feitenrechtspraak over art. 248d Sr beschikbaar. Zoals eerder werd aangekondigd geeft deze rechtspraak de indruk dat over de uitleg van art. 248d Sr verschillend wordt gedacht, vooral tussen het openbaar ministerie en de rechter; bijna de helft van de zesentwintig gevonden gepubliceerde zaken eindigde in een vrijspraak. Maar ook de opvattingen van rechters verschillen sterk van elkaar.

Allereerst tekent zich een verschil in benadering af met betrekking tot het vereiste *'ontuchtig oogmerk'*. In een deel van de zaken wordt dit oogmerk zonder duidelijke motivering aangenomen, waardoor de gehanteerde maat-

353 Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 4 en De Souter & Janssens de Bisthoven 2011, p. 223-224.

staf niet kenbaar is. Niettemin lijkt daarbij het welbewust bewerkstelligen van de waarneming telkens voldoende te zijn geacht.[354] Een enkele keer wordt uitdrukkelijk op grond van de beschermingsgedachte een ruime opvatting gehanteerd.[355]

In weer andere zaken is daarentegen een restrictieve benadering zichtbaar, zoals in de volgende twee gevallen:

Rb. Rotterdam 13 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9387

'De eerste vraag die de rechtbank voor een bewezenverklaring van het ten laste gelegde 'seksueel corrumperen van een minderjarige' moet beantwoorden is of er onder de gegeven omstandigheden sprake is geweest van het 'ontuchtig oogmerk' in de zin van artikel 248d van het Wetboek van Strafrecht (Sr)

Artikel 248d Sr stelt strafbaar het een kind met ontuchtig oogmerk ertoe bewegen getuige te zijn van seksuele handelingen. Dit artikel betreft een uitbreiding van de strafbaarstelling van schennis van de eerbaarheid, als bedoeld in artikel 239 Sr, met name ten aanzien van het aanschouwen van seksuele handelingen waarbij een kind na uitnodiging vrijwillig tegenwoordig is. Het strekt tot bescherming van het kind tegen schadelijke invloeden op de persoonlijke en seksuele ontwikkeling. Blijkens de wetsgeschiedenis van artikel 248d Sr is van dit 'ontuchtig oogmerk' sprake als de verdachte voor zijn eigen seksueel gerief een jeugdige aanwezig laat zijn bij seksuele handelingen , dan wel indien de verdachte beoogt daardoor het kind zodanig te beïnvloeden dat dit in de toekomst eerder geneigd zou zijn in te stemmen met het ondergaan van ontuchtige handelingen.

Dochter en zoon (destijds 13 en 10 jaar oud) van verdachte hebben beiden verklaard over de SM-handelingen die verdachte (hun moeder) en haar vriend hebben verricht in hun bijzijn. Verdachte heeft van een groot deel van deze handelingen verklaard dat zij die, met haar vriend, in het bijzijn van de kinderen heeft verricht. Het ging onder andere om:

- het naakt ondersteboven aan het plafond in de takels hangen;
- het naakt aan kettingen en in de handboeien, met een bal in de mond, op de grond te zitten en uit een hondenbak eten;
- het zich met een zweep tegen het naakte lichaam slaan,

hetgeen is gedaan door/bij de vriend van verdachte.

Met het verrichten van deze handelingen in het bijzijn van haar jonge kinderen hebben verdachte en haar medeverdachte, ongeacht hun bedoelingen hiermee, een sociaal-ethische norm overtreden. Kinderen zouden niet met zulke handelingen van volwassenen moeten worden geconfronteerd. Naar het oordeel van de rechtbank kan echter niet wettig en overtuigend bewezen worden dat verdachte dit deed ter bevordering van haar seksuele gerief, dan wel met de bedoeling de kinderen zodanig te beïnvloeden dat deze in de toekomst eerder geneigd zouden zijn in te stemmen met het ondergaan van ontuchtige handelingen.

De verklaring van de dochter, dat moeder tegen haar heeft gezegd, dat als ze zestien was ze maar een keer mee moest gaan naar een SM-club, vindt onvoldoende steun in het dossier. Bovendien kan, naar het oordeel van de rechtbank, daaruit niet worden

354 Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 29 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3371; Rb. Noord-Nederland 1 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ9651; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3968; Rb. Midden-Nederland 18 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7304. Zo overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden in de hiervoor genoemde zaak: 'Dit alles gebeurde met een ontuchtig oogmerk. Verdachte heeft immers op eigen initiatief zijn webcam aangezet, zijn geslachtsdeel laten zien en vervolgens seksuele handelingen bij zichzelf verricht, wetende dat de ander dit allemaal zou kunnen zien.'

355 Vgl. Hof Den Haag 23 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:329.

afgeleid dat de (mede)verdachte hiermee het oogmerk had om in de toekomst ontuchtige handelingen met de kinderen te plegen.

Verdachte dient derhalve te worden vrijgesproken van het tenlastegelegde.'

Rb. Den Haag 26 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2143

'Ontuchtig oogmerk
Blijkens de wetsgeschiedenis van artikel 248d Sr is van 'ontuchtig oogmerk' sprake als de verdachte voor zijn eigen seksueel gerief een jeugdige aanwezig laat zijn bij seksuele handelingen, dan wel indien de verdachte beoogt daardoor het kind zodanig te beïnvloeden dat dit in de toekomst eerder geneigd zou zijn in te stemmen met het ondergaan van ontuchtige handelingen.

De rechtbank stelt voorop dat de verdachte met het tonen van zijn ontblote geslacht aan drie jonge meisjes, ongeacht zijn bedoeling hiermee, een sociaal-ethische norm heeft overtreden. Kinderen zouden niet met zulke handelingen moeten worden geconfronteerd. De rechtbank dient echter vast te stellen of het hier gaat om een situatie waarin de wetenschap van de waarneming van de seksuele handelingen door de minderjarige meisjes, heeft bijgedragen aan het seksuele gerief van de verdachte. Hierbij dient de bedoeling van de wetgever niet uit het oog te worden verloren. De wetgever kwalificeert het bepaalde in artikel 248d Sr als daadwerkelijk seksueel misbruik. Voor een dergelijke aanname heeft de rechtbank te weinig aanknopingspunten gevonden. Naar het oordeel van de rechtbank kan niet wettig en overtuigend bewezen worden dat de aanwezigheid van de minderjarigen heeft bijgedragen aan het seksueel gerief van de verdachte, dan wel dat de verdachte handelde met de bedoeling de kinderen zodanig te beïnvloeden dat deze in de toekomst eerder geneigd zouden zijn in te stemmen met het ondergaan van ontuchtige handelingen.'

Bij deze zaken valt ten eerste op dat de feitenrechter de wetsgeschiedenis op de voorgrond plaatst en daaruit kennelijk afleidt dat het voor het aannemen van het vereiste oogmerk van tweeën één moet zijn: de handelingen zijn uitgevoerd ofwel ten behoeve van eigen seksueel gerief ofwel met het oog op toekomstig misbruik. Eerder kwam bij de behandeling van de wetsgeschiedenis naar voren dat deze twee situaties door de wetgever enkel als voorbeelden zijn gegeven, maar dat zich tegelijkertijd niet veel andere situaties laten denken waarin nog duidelijk sprake is van een seksuele bedoeling. In ieder geval lijkt in beide uitspraken aan het oogmerk inderdaad de pregnante invulling van 'seksuele bedoeling' te worden gegeven. In telkens andere bewoordingen wordt immers geïmpliceerd dat wetenschap van de waarneming en wetenschap van de strijdigheid met sociaal-ethische norm op zichzelf onvoldoende zijn voor een 'ontuchtig oogmerk'. In de laatstgenoemde zaak speelt daarbij nog een rol dat de wetgever art. 248d Sr ziet als daadwerkelijk seksueel misbruik.

Wat de in art. 248d Sr bedoelde *'seksuele handelingen'* betreft, is in de feitenrechtspraak aangenomen dat daarvan sprake is wanneer de verdachte naakt al dan niet schijnbaar gemeenschap heeft met een derde[356], zichzelf aftrekt zonder[357] of met[358] ejaculatie, schudt en zwaait met zijn ontblote penis[359] of

356 Rb. Zutphen 24 april 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW3742 en ECLI:NL:RBZUT:2012:BW3735.

357 Rb. Den Haag 27 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8650; Rb. Noord-Nederland 1 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ9651; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3968; Rb. Gelderland 31 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:1421;

zijn ontblote penis vastpakt.[360] Het enkel tonen van de ontblote penis wordt door de ene rechter onvoldoende bevonden[361], maar door de andere toereikend.[362] Hierbij is opvallend dat in het eerste geval de wetsgeschiedenis en de context (waaronder de zeer jeugdige leeftijd van de waarnemer en het welbewust tonen) geen aanleiding zijn een ruime interpretatie te hanteren, maar in het tweede geval juist wel. Dit tweede geval vertoont in dat opzicht overeenkomsten met de invulling van het begrip 'seksuele gedraging' in art. 240b Sr (kinderpornografie). Ook in de rechtspraak over kinderpornografie worden gedragingen die niet van expliciet seksuele aard zijn, soms toch als 'seksuele gedraging' aangemerkt. De criteria van de Hoge Raad bieden daarvoor de ruimte.[363] In hoeverre voor de uitleg van art. 248d Sr aansluiting moet worden gezocht bij deze criteria, moet nog blijken.

Art. 248d Sr eist voorts dat de verdachte de jeugdige *'ertoe beweegt'* getuige te zijn van de seksuele handelingen. Uit de bespreking van de wetsgeschiedenis kwam naar voren dat de wetgever hierbij een 'actieve gedraging' op het oog heeft, maar dat over nadere eigenschappen van deze gedraging weinig is gezegd. Zowel de context van de wetsgeschiedenis als de gekozen bewoordingen ('ertoe *bewegen*') bieden argumenten om aan te nemen dat sprake moet zijn van een psychische causaliteit; de jeugdige moet zijn overgehaald om te kijken. Zoals zo vaak in het kader van seksuele delicten tegen jeugdigen, kan daar tegenover worden gesteld dat bij een dergelijk beperkte invulling mogelijk te weinig recht wordt gedaan aan de door de wetgever beoogde bescherming. De kracht van dit bezwaar is evenwel moeilijk in te schatten, omdat uit de wetsgeschiedenis niet precies blijkt wat de wetgever beoogde en een beperkte opvatting van 'ertoe brengen' nog niet betekent dat de jeugdige verstoken blijft van bescherming. Ook andere delicten, zoals art. 239 Sr, kunnen van toepassing zijn.

In de feitenrechtspraak over 'ertoe bewegen' in de zin van art. 248d Sr kan een ruime en een beperkte opvatting worden gevonden. In de ruime opvatting is ook sprake van 'ertoe bewegen' wanneer de jeugdige onverhoeds met de seksuele handelingen wordt geconfronteerd.[364] 'Ertoe bewegen' is zelfs

Rb. Amsterdam 12 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4227; Rb. Noord-Nederland 27 maart 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1099.

358 Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7818; Rb. Noord-Nederland 31 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:479; Rb. Midden-Nederland 12 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6945; Rb. Oost-Brabant 28 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:378.

359 Rb. Den Haag 29 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3371.

360 Rb. Midden-Nederland 18 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7304.

361 Rb. Midden-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1007. Zie voorts impliciet: Rb. Leeuwarden 1 juli 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ9598.

362 Hof Den Haag 23 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:329.

363 Zie HR 7 december 2010, *NJ* 2011/81 m.nt. Schalken en voorts paragraaf 2.9.2.4.

364 Zie o.m. Rb. Den Haag 27 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3371; Rb. Noord-Nederland 1 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ9651; Rb. Amsterdam 12 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4227; Rb. Midden-Nederland 18 november 2014, ECLI:NL:RBMNE:

van toepassing geacht in een situatie waarin de jeugdige zelf om de seksuele handelingen had verzocht.[365] In uitspraken met een beperkte opvatting blijkt daarentegen dat op specifieke wijze de aandacht van de jeugdige moet zijn getrokken, al bestaan in de betreffende uitspraken verschillen in de mate waarin dat moet zijn gebeurd. De volgende voorbeelden van de beperkte opvatting illustreren dit.

> *Rb. Den Haag 8 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10633*
>
> 'Verdachte heeft desgevraagd ter terechtzitting verklaard dat hij zowel op het fietspad als bij de flat waar het slachtoffer woonde niet met haar heeft gesproken. Verdachte heeft het slachtoffer ook niet geroepen of gebaren naar haar gemaakt en het slachtoffer heeft evenmin iets tegen hem gezegd. De rechtbank stelt op grond van deze verklaring van verdachte, die niet strijdig is met de aangifte en (de beschrijving en de afdrukken van) de camerabeelden, vast dat er voorafgaand aan of tijdens de seksuele handelingen van verdachte geen sprake is geweest van enige vorm van contact tussen verdachte en het slachtoffer. Het slachtoffer is in feite tot tweemaal toe vanuit het niets geconfronteerd met verdachte die zijn geslachtsdeel heeft getoond en zich heeft afgetrokken. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat het tenlastegelegde bestanddeel 'ertoe bewegen' niet kan worden bewezen. Het feit dat verdachte na de eerste confrontatie achter het slachtoffer is aangefietst, maakt dat niet anders. Niet is gebleken dat van het volgen met de fiets een (stilzwijgende) uitnodiging naar het slachtoffer is uitgegaan om (opnieuw) getuige te zijn van seksuele handelingen.
> Verdachte dient derhalve te worden vrijgesproken van het tenlastegelegde.'
> (Art. 239 Sr is hier niet subsidiair ten laste gelegd; KL.)

> *Rb. Midden-Nederland 17 juni 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:2479*
>
> '[zaak slachtoffer 3; KL]
> De rechtbank is met de verdediging van oordeel dat het dossier onvoldoende wettig bewijs bevat dat verdachte [slachtoffer 3] ertoe heeft bewogen getuige te zijn van zijn seksuele gedragingen. De rechtbank overweegt daartoe dat hiervoor actieve handelingen zijn vereist die erop gericht dienen te zijn om de minderjarige getuige te doen zijn van zijn seksuele gedragingen. Het enkel door verdachte stoppen van zijn auto op een paar meter afstand van de meisjes, met een geopend bijrijdersraam, terwijl hij zijn ontblote penis betast, is daarvoor naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende. De rechtbank zal verdachte dan ook vrijspreken van het ten laste gelegde seksueel corrumperen.
> (...)
> [zaak slachtoffer 1 en 2; KL]
> Voorts overweegt de rechtbank dat verdachte vanuit zijn auto de samen buitenspelende meisjes heeft geroepen en – toen zij samen bij het geopende bijrijdersraam stonden - aan [slachtoffer 1] heeft gevraagd of zij wel eens een geile pik had gezien en zijn ontblote penis getoond. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verdachte daardoor [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2] ertoe bewogen om getuige te zijn van zijn seksuele gedragingen.'
> (In de zaak met betrekking tot slachtoffer 3 volgt veroordeling ter zake van art. 239 Sr; KL.)

> *Rb. Den Haag 22 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8919*
>
> 'Uit de verklaringen van [getuige 4] en verdachte volgt naar het oordeel van de rechtbank niet dat verdachte door woord of gebaar getracht heeft de aandacht te trekken

2014:7304; Rb. Oost-Brabant 28 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:378; Hof Den Haag 23 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:329.

365 Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7818.

van kinderen die op enige afstand – [getuige 4] schat 10 tot 20 meter – in de speeltuin speelden of voorbij kwamen fietsen. Dat betekent dat niet kan worden vastgesteld dat verdachte het (voorwaardelijk) opzet had om de spelende kinderen, die zich in zijn nabijheid bevonden, ertoe te bewegen getuige te zijn van zijn handelingen. De rechtbank zal daarom vrijspreken van dit primair ten laste gelegde feit.'
(Volgt veroordeling ter zake van art. 239 Sr; KL.)

Rb. Noord-Nederland 25 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5767

'Uit de bewijsmiddelen (…) leidt de rechtbank af dat verdachte op voornoemde data zijn (stijve) geslachtsdeel aan de slachtoffers heeft getoond en dat hij zich in hun nabijheid heeft afgetrokken. (...) Het bestanddeel 'ertoe bewegen' impliceert een actieve gedraging gericht op het brengen van het kind tot het getuige zijn van seksuele handelingen.
Uit voormelde bewijsmiddelen valt niet af te leiden dat verdachte de slachtoffers heeft gesproken, heeft geroepen of gebaren naar hen heeft gemaakt en de slachtoffer hebben evenmin iets tegen hem gezegd. De rechtbank stelt derhalve vast dat er voorafgaand aan of tijdens de seksuele handelingen van verdachte geen sprake is geweest van enige vorm van contact tussen verdachte en de slachtoffers. Zij zijn in feite vanuit het niets geconfronteerd met verdachte die zijn geslachtsdeel heeft getoond en zich heeft afgetrokken.
Dit leidt tot de gevolgtrekking dat het tenlastegelegde bestanddeel 'ertoe bewegen' niet kan worden bewezen. Verdachte dient derhalve te worden vrijgesproken (…).'
(Volgt veroordeling ter zake van art. 239 Sr; KL.)

Rb. Den Haag 26 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2143

'Het bestanddeel 'ertoe bewegen' impliceert een actieve gedraging die erop gericht is het kind getuige te doen zijn van seksuele handelingen.

Hoewel de verdachte hierover niets heeft verklaard - desgevraagd heeft hij verklaard dat hij zich dat niet kan herinneren - hebben twee slachtoffertjes verklaard dat verdachte aan hen gevraagd zou hebben of zij 'iets wilden zien en/of aanraken'.

De rechtbank stelt vast dat de verdachte voorafgaand aan of tijdens het tonen van zijn geslacht de aandacht van de minderjarige slachtoffertjes heeft getrokken door hen aan te spreken. De rechtbank stelt op grond van hun verklaringen voorts vast dat de slachtoffertjes niet met de verdachte hebben gesproken, doch onmiddellijk zijn weggerend op het moment dat zij geconfronteerd werden met zijn ontblote geslacht. Behalve het aanspreken door de verdachte is voor het overige geen sprake geweest van enig substantieel contact tussen de verdachte en de slachtoffertjes. Zij zijn in feite vanuit het niets geconfronteerd met de verdachte die zijn geslachtsdeel heeft getoond, waarna zij direct zijn weggerend. Dit betekent naar het oordeel van de rechtbank dat er geen sprake is geweest van een 'ertoe bewegen' door verdachte.'
(Volgt veroordeling ter zake van art. 239 Sr; KL.)

Uit de weergegeven voorbeelden blijkt dat in die zaken het enkel ostentatief verrichten van de seksuele handelingen niet voldoende wordt geacht; er lijkt duidelijk individueel contact te moeten worden gezocht, waarbij in de laatste zaak zelfs 'substantieel contact' wordt geëist en alleen de aandacht trekken door het aanspreken van de jeugdige die kwalificatie niet haalt.

De geciteerde uitspraken verschillen zoals gezegd van de andere uitspraken met een ruime opvatting; vergelijkbare feitencomplexen zijn in die andere uitspraken wel als 'ertoe brengen' in de zin van art. 248d Sr aangemerkt.[366] Maar ook is duidelijk dat de beperkte opvattingen in de geciteerde uitspraken

[366] Zie de uitspraken genoemd in voetnoot 364.

nog steeds ruimer zijn dan de opvatting dat een wilsbesluit van de jeugdige nodig is, een opvatting die eerder bij de bespreking van de wetsgeschiedenis als aannemelijke opvatting van de wetgever naar voren kwam.[367]

Het bestanddeel *'getuige zijn'* is beperkt tot het waarnemen van 'reële handelingen', zo volgt uit de wetsgeschiedenis. Hoewel niet blijkt wat daaronder volgens de wetgever precies moet worden verstaan, kunnen de opmerkingen daarover in de wetsgeschiedenis zo worden begrepen dat het moet gaan om een directe waarneming, dus zonder tussenkomst van een beeldscherm. Daarmee zouden bijvoorbeeld waarnemingen via de webcam buiten de reikwijdte van art. 248d Sr vallen. Er is op basis van de wetsgeschiedenis evenwel ruimte voor een andere conclusie; 'reële handelingen' zouden ook die handelingen kunnen zijn die op dat moment plaatsvinden (dus ook handelingen die via een webcam live in beeld worden gebracht).

In dit verband is opmerkelijk dat de feitenrechter zonder meer lijkt aan te nemen dat art. 248d Sr via digitale media kan worden gepleegd. Bij de veroordelingen ter zake van art. 248d Sr in een digitale context is deze kwestie niet als bijzondere rechtsvraag behandeld en is dus ook geen aandacht besteed aan de betreffende wetsgeschiedenis. De veroordelingen betreffen onder meer enkele gevallen van art. 248d Sr gepleegd via de webcam.[368] Bijzonder is voorts een veroordeling ter zake van art. 248d Sr die niet alleen het bekijken van live-handelingen betreft, maar ook het bekijken van toegestuurde filmpjes en foto's. Het gaat om vastgelegde handelingen verricht door de verdachte, onder meer met zijn echtgenote.[369] Hiermee vergelijkbaar is een vrijspraak waarin wordt overwogen dat het feit niet kan worden bewezen omdat niet blijkt dat het de verdachte is die op de toegezonden filmbeelden seksuele handelingen verricht.[370] Hierbij wordt dus niet de grens gelegd bij het al dan niet *live* zijn van de beelden, maar bij de afgebeelde personen; de dader zou daarop te zien moeten zijn.

Art. 248d Sr is vanuit de benadering in al deze uitspraken niet alleen een gekwalificeerde vorm van art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), maar ook van art. 240a Sr (het vertonen van schadelijke afbeeldingen). De grenzen met art. 240a Sr zijn in dat geval zeer diffuus, zeker wanneer ook vastgelegde beelden onder het bereik van art. 248d Sr worden gebracht. Voorts lijkt het

---

367 Met betrekking tot de rechtspraak over 'ertoe bewegen' in art. 248d Sr kan er ook nog op worden gewezen dat dit bestanddeel dikwijls geen afzonderlijke feitelijke uitwerking krijgt in de tenlastelegging. De feitelijke uitwerking is dan bijvoorbeeld beperkt tot bewoordingen als: 'immers heeft verdachte ten overstaan van dit slachtoffer zijn penis ontbloot en gemasturbeerd' (vgl. o.m. Rb. Amsterdam 12 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4227; Rb. Amsterdam 16 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6055; Rb. Gelderland 9 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:7665). Het ontbreken van een feitelijke uitwerking van 'ertoe bewegen' zou, in verband met de kwesties die zojuist de revue passeerden, in strijd met art. 261 Sv kunnen worden geacht.

368 Rb. Den Haag 27 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8650; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3968; Rb. Midden-Nederland 12 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6945.

369 Rb. Oost-Brabant 28 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:378.

370 Rb. Noord-Nederland 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5461.

verband met het begrip 'reële handelingen' in dat geval nauwelijks meer aanwezig. Een dergelijk ruime invulling staat dus op gespannen voet met de wetsgeschiedenis.

2.4.4.8 Art. 240a Sr

> *Artikel 240a*
> Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft hij die een afbeelding, een voorwerp of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar, verstrekt, aanbiedt of vertoont aan een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar.

Inleiding

Art. 240a Sr beschermt de ontwikkeling van jongeren tegen schadelijk beeldmateriaal.[371] Het beeldmateriaal hoeft niet van seksuele aard te zijn; ook bijvoorbeeld gewelddadige beelden kunnen onder de reikwijdte van deze bepaling worden gebracht.[372] Art. 240a Sr heeft daardoor een belangrijke betekenis in bijvoorbeeld de bioscoop- en videotheekbranche. Het vormt daarin het strafrechtelijk sluitstuk in de handhaving van leeftijdsclassificaties bij filmvertoningen, dvd-verhuur en dergelijke.[373] Omdat het bij art. 240a Sr gaat om een geïndividualiseerde jeugdige jonger dan zestien jaar, vallen algemene televisie- en internetuitzendingen buiten de reikwijdte van het delict.[374]

Ondanks de ruime strekking van art. 240a Sr betreft de gepubliceerde rechtspraak tot op heden vrijwel alleen beelden van pornografische aard die in een besloten setting aan een jeugdige worden getoond.[375] De Hoge Raad heeft bovendien aangegeven dat art. 240a Sr mede dient ter bescherming van de seksuele integriteit van jeugdigen.[376] Om deze reden wordt art. 240a Sr in het kader van deze studie dan ook beschouwd als delict met een seksuele component.[377] Dat neemt niet weg dat dit zedenmisdrijf op zeer uiteenlopende situaties betrekking kan hebben: het kan gaan om de man die jonge buurtkinderen bij hem thuis naar harde porno laat kijken, maar ook om de video-

---

371 In de toelichting bij de invoering van art. 240a Sr is benadrukt dat het gaat om de schadelijkheid die voortvloeit uit het *zien* van de afbeelding (*Kamerstukken II* 1979/80, 15 836, nr. 3, p. 8).

372 Vgl. o.m. *Kamerstukken II* 1979/80, 15 836, nr. 3, p. 7; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 3, p. 1, 10.

373 Zie in dit verband bijvoorbeeld «www.buro240a.nl» en «www.kijkwijzer.nl».

374 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 3, p. 10; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 5. Televisie-uitzendingen zijn onderworpen aan de Mediawet 2008.

375 Het gaat om drieënvijftig gevonden uitspraken op «www.rechtspraak.nl». Wat de bioscoop- en videotheekbranche betreft, kan worden opgemerkt dat de handhaving in die sectoren wordt uitgevoerd door een speciaal team van bijzondere opsporingsambtenaren (zie «www.verispect.nl») dat overtredingen tot op heden lijkt te hebben afgedaan met waarschuwingen en transacties, waardoor deze context niet is terug te vinden in de rechtspraak. Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 28 684, nr. 362, p. 6.

376 HR 30 november 2004, *NJ* 2005, 184, m.nt. Mevis (Masturberen I).

377 Zie de indeling van de zedendelicten voor deze studie op p. 36.

theekmedewerker die een populaire gewelddadige film verhuurt aan een vijftienjarige.

Interessant is de eigen wijze waarop het belang van de bepaling is verwoord in de delictsomschrijving. Het gaat om afbeeldingen waarvan de vertoning *schadelijk is te achten* voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar. De wetgever koppelde dit schadelijkheidscriterium aan het 'risico van schade'.[378] Het bestanddeel 'schadelijk te achten' vereist derhalve niet dat het zien van de afbeelding ook daadwerkelijk schadelijk is, althans het vereist niet dat dit vaststaat. Schadelijkheid kan dus worden aangenomen zonder zekerheid te (hoeven) hebben over daadwerkelijke schade. Het gaat om een vorm van gevaarzetting: is er een reële mogelijkheid van schade?[379] Daarbij is niet doorslaggevend of het risico van schade bij de betreffende jeugdige in concreto bestaat. Volgens de wetgever heeft de bepaling 'een groep van jeugdigen op het oog' waardoor het schadelijkheidsbegrip is geobjectiveerd. Doorslaggevend is dus het risico bij 16-minners in het algemeen.[380]

Volgens de wetgever zou telkens een 'deugdelijke rechterlijke controle op de beperking van vrijheidsrechten' moeten plaatsvinden en zou de rechter 'zo nodig met de bijstand van deskundigen' het schaderisico dienen vast te stellen. Daarbij kunnen de criteria van de filmkeuring mede als leidraad dienen.[381] Tegen deze achtergrond valt in de rechtspraak op dat in de bewijsmotivering bijna nooit aandacht wordt besteed aan de schadelijkheid. Pornografie en ook (slechts) uitdrukkelijke naaktheid worden kennelijk doorgaans evident schadelijk geacht. Alleen in twee gepubliceerde uitspraken toont de rechter zich kritischer.

In de eerste uitspraak wordt geoordeeld dat bij gebrek aan een nadere onderbouwing van de zijde van het OM 'niet kan worden vastgesteld dat vertoning van een foto van een ontbloot mannelijk geslachtsdeel schadelijk is te achten voor personen beneden de 16 jaar'.[382] In andere zaken wordt een soortgelijke afbeelding juist wel schadelijk geacht[383], in een enkel geval ook wanneer het een penis in slappe toestand betreft.[384] Een verklaring voor een dergelijke ruime interpretatie in die andere zaken zou erin gelegen kunnen zijn dat de rechter impliciet de context van het geval sterk laat meewegen, bijvoorbeeld de omstandigheid dat het een kind op de basisschool betreft[385] of

378 *Kamerstukken II* 1984/85, 15 836, nr. 61b, p. 5.

379 Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 4 bij art. 240a Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Met de term 'achten', zo wordt daarin gesteld, 'neemt men iets als juist aan, dat op zijn minst onzeker is'.

380 *Handelingen II*, 18 oktober 1984, p. 716. Bij latere wijziging van art. 240a Sr is deze objectivering bevestigd (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 3, p. 10).

381 *Handelingen II*, 18 oktober 1984, p. 716.

382 Rb. Limburg 4 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:889.

383 Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 10 mei 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ4176; Rb. Den Haag 27 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8650; Rb. Midden-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1007; Rb. Oost-Brabant 24 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4757.

384 Rb. Overijssel 25 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6219.

385 Vgl. o.m. Rb. Den Haag 27 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8650; Rb. Midden-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1007.

dat de afgebeelde persoon een bekende is van de jeugdige.[386] De vraag is echter of hier nog de bedoeling van de wetgever tot uitgangspunt wordt genomen. De schadelijkheidsvraag wordt dan immers toegesneden op het concrete geval, iets wat de wetgever nu juist niet voor ogen had.[387]

In de tweede uitspraak waarin de rechter zich duidelijk kritisch opstelt, wordt wel nadrukkelijk deze bedoeling van de wetgever gevolgd. In deze zaak stemt de tenlastelegging niet volledig overeen met de tekst van art. 240a Sr. In plaats van de bewoordingen ‘schadelijk is *te achten* voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar’ is uitgedrukt dat de afbeelding 'schadelijk *was* voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar’. De rechtbank gaat op basis van de grondslagleer mee in het verzwaarde vereiste en komt tot een vrijspraak. Treffend is de hiermee gepaard gaande overweging dat bij de beoordeling van de schadelijkheid niet de bijzondere omstandigheid kan meewegen dat de vrouw die zichzelf op de betreffende filmbeelden vingerde, de moeder is van het kind aan wie de beelden werden vertoond. Het gaat immers om de schadelijkheid afgemeten aan de betreffende de leeftijdscategorie als geheel.[388]

Contact op afstand

In art. 240a Sr liggen kort gezegd twee delictsvarianten besloten. Als eerste betreft dit het verstrekken, aanbieden of vertonen van de afbeelding zelf. Dit is de basisvariant die in 1986 bij de invoering van art. 240a Sr reeds was opgenomen. Daarbij gaat het volgens de wetgever om een ‘onmiddellijke confrontatie van een geïndividualiseerde jeugdige met het beeldmateriaal’.[389] In 2001 is een andere variant toegevoegd: het verstrekken en aanbieden van een gegevensdrager die een schadelijk te achten afbeelding bevat.[390] Daarmee beoogde de wetgever ook reeds ‘het in handen van een jongere stellen van gegevensdragers waarop schadelijk beeldmateriaal is vastgelegd’ strafbaar te stellen.[391]

Bij beide omschreven delictsvarianten lijkt de wetgever vooral te zijn uitgegaan van persoonlijk contact tussen de verdachte en de jeugdige (dus: in elkaars aanwezigheid). In de eerste variant is dat bijvoorbeeld het thuis laten

---

386 Rb. Overijssel 25 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6219.

387 Hieruit blijkt ook dat kan worden betwijfeld of de kijkwijzer-leeftijdsclassificaties ‘6 jaar’, ‘9 jaar’ en ’12 jaar’ wel door middel van art. 240a Sr kunnen worden gehandhaafd. Zo kan van films die niet geschikt zijn voor 9-minners immers niet worden gezegd dat zij schadelijk zijn voor 16-minners als groep.

388 Rb. Overijssel 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:5447.

389 Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 3, p. 10 en de daarbij genoemde bronnen uit de eerdere wetsgeschiedenis.

390 *Stb.* 2000, 586. De delictsomschrijving laat ruimte voor de deelvariant ‘het *vertonen* van een *gegevensdrager* die een schadelijk te achten afbeelding bevat’, maar die zal ongetwijfeld niet als strafbare variant zijn bedoeld. Deze variant is niettemin betrekkelijk vaak te vinden in de rechtspraak (zie o.m. Rb. Alkmaar 28 november 2006, ECLI:NL:RBALK:2006:AZ3173; Rb. Middelburg 21 februari 2007, ECLI:NL:RBMID:2007:AZ9282; Hof Arnhem 24 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV1651). Dit zal per abuis zijn gebeurd of vanuit een meer figuurlijke opvatting van ‘een gegevensdrager vertonen’.

391 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 3, p. 10

zien van een pornografische film, in de tweede variant het meegeven van die film op een dvd. Gevallen van art. 240a Sr waarin de verdachte en de jeugdige niet in elkaars aanwezigheid verkeren, zijn in de wetsgeschiedenis niet belicht.[392] Over televisie- en internetprogramma's is zoals gezegd overwogen dat deze buiten de reikwijdte van het delict vallen omdat het bij art. 240a Sr gaat om een geïndividualiseerde jeugdige jonger dan zestien jaar. De aanpak van het aanbod van afbeeldingen en films die via internet zijn te zien, was volgens de wetgever onderwerp van een nog voortdurend debat in Europese overlegstructuren.[393]

Ondanks dat in de wetsgeschiedenis geen duidelijke voorbeelden zijn genoemd van contact op afstand, ligt in de rede dat ook dergelijk contact onder omstandigheden de delictsomschrijving van art. 240a Sr kan vervullen. Zo is voor te stellen dat art. 240a Sr van toepassing kan zijn op dvd-verkoop via de telefoon en via internet, wanneer de jeugdige leeftijd van de koper bekend is of bekend kon zijn. Voorts is aannemelijk dat iemand die aan een kind pornografische foto's stuurt via een smartphone, deze foto's daarmee 'verstrekt, aanbiedt of vertoont' in de zin van art. 240a Sr. In termen van de wetsgeschiedenis zou dan immers gesproken kunnen worden van een 'onmiddellijke confrontatie van een geïndividualiseerde jeugdige met het beeldmateriaal'. Dit laatste geval is ook terug te zien in de rechtspraak. Regelmatig betreft een veroordeling ter zake van art. 240a Sr het sturen van naaktfoto's via de telefoon.[394]

Een categorie waarover twijfel kan bestaan zijn de gevallen waarin de verdachte via een beeldverbinding communiceert met de jeugdige, zoals webcamcontact. De verdachte zou daarbij seksuele handelingen kunnen uitvoeren waarvan het waarnemen schadelijk is te achten voor de jeugdige. Wordt in dat geval door de verdachte een 'afbeelding verstrekt, aangeboden of vertoond' in de zin van art. 240a Sr? Enerzijds gaat het hier, anders dan bij een televisieprogramma, om een geïndividualiseerde jeugdige. Anderzijds is geen sprake van een vastgelegde afbeelding, ook niet aan de zijde van de verdachte.

Uit de rechtspraak blijkt dat feitenrechters onderling sterk van mening verschillen over deze kwestie. In de uitspraken waarin overtreding van art. 240a Sr via webcamcontact niet problematisch wordt geacht, wordt bijvoorbeeld overwogen dat de beelden die de jeugdige waarneemt 'evident' als afbeelding in de zin van art. 240a Sr kunnen worden aangemerkt.[395] Andere

---

392 Zoals in paragraaf 2.4.4.7 is besproken, is bij de totstandkoming van art. 248d Sr (in werking getreden in 2010) art. 240a Sr wel genoemd in de context van het vertonen van computerbeelden, maar onduidelijk is of daarbij ook is gedoeld op het vertonen via digitaal contact. Zie in het bijzonder de opmerkingen van de minister zoals weergegeven op p. 148.

393 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 841, nr. 13, p. 2; *Handelingen I* 2000/01, 12 december 2000, nr. 12, p. 491; *Kamerstukken II* 2000/01, 26 841, nr. 14.

394 Zie o.m. Rb. Utrecht 1 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9393, Rb. Midden-Nederland 11 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2777, Rb. Midden-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1007, Rb. Midden-Nederland 16 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1466, Rb. Midden-Nederland 1 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3825

395 Rb. Assen 1 juli 2008, ECLI:NL:RBASS:2008:BD8109.

uitspraken waarin eveneens tot een veroordeling wordt gekomen, zijn iets genuanceerder. De volgende overweging van de Rechtbank Breda uit 2009 komt in veel latere uitspraken van andere gerechten terug[396]:

> *Rb. Breda 5 maart 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BH5369*
>
> 'De rechtbank is van oordeel dat het vertonen van voornoemde handelingen via een computer en een webcamverbinding valt onder de delictsomschrijving van artikel 240a van het wetboek van strafrecht, nu met deze technische hulpmiddelen de realiteit wordt afgebeeld.
>
> De bedoeling van de wetgever is geweest personen beneden de leeftijd van 16 jaar te beschermen tegen ongewenste beïnvloeding die het gevolg kan zijn van de confrontatie met dergelijke beelden. De wil van de betrokken jeugdige is daarbij niet van belang.
>
> Zoals bekend maken met name jeugdige personen veelvuldig gebruik van chatsites en webcamverbindingen. Uitgaand van de bedoeling van de wetgever is een restrictieve uitleg van dit artikel naar het oordeel van de rechtbank niet voor de hand liggend.'

In de zaken die tot vrijspraak leiden, wordt bijvoorbeeld gewezen op de wetssystematiek en op de omstandigheid dat de beelden niet zijn opgeslagen, zoals blijkt uit de volgende overwegingen:

> *Rb. Midden-Nederland 11 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2777*
>
> 'Het betreft hier een poging tot uitvoeren van een seksuele handeling voor de webcam. Uit de wet volgt dat artikel 240a Wetboek van Strafrecht betrekking heeft op de weergave in beeld van een seksuele gedraging. In deze wijze van confrontatie ligt het verschil met artikel 239 Wetboek van Strafrecht, dat betrekking heeft op de seksuele gedraging zelf. Een seksuele handeling voor de webcam valt daarmee onder artikel 239. De rechtbank spreekt verdachte vrij van het (...) tenlastegelegde, omdat dit is gebaseerd op artikel 240a Wetboek van Strafrecht hetgeen een onjuiste kwalificatie is voor de verweten gedraging.'

> *Hof Leeuwarden 27 maart 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW0103*
>
> 'Het hof stelt vast dat getoonde beelden via een live-webcamverbinding enkel op het moment zelf te zien zijn. Deze beelden worden niet opgeslagen, zodat zij niet op een later tijdstip (nogmaals) bekeken kunnen worden. Hieruit volgt dat beelden gemaakt middels een webcam, zoals in onderhavig geval, nu deze niet vastgelegd zijn/worden, geen 'afbeelding, voorwerp en/of gegevensdrager' in de zin van artikel 240a van het Wetboek van Strafrecht zijn. Verdachte dient derhalve vrijgesproken te worden van het primair ten laste gelegde.'

Hoewel voor beide benaderingen wat valt te zeggen, is duidelijk dat de ruime benadering (ook live-beelden vallen onder art. 240a Sr) kan zorgen voor grote overlappingen met andere bepalingen.

Afsluiting

Zoals is gebleken, is art. 240a Sr ervoor bedoeld de ontwikkeling van jongeren te beschermen tegen schadelijk beeldmateriaal. Voor strafbaarheid hoeft niet

396 Zie o.m. Rb. Leeuwarden 23 april 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BI2330; Rb. Assen 20 december 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU9972 Rb. Leeuwarden 10 mei 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ4176 Rb. Den Haag 27 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8650

vast te staan dat de betreffende afbeeldingen daadwerkelijk schadelijk zijn; het gaat om het risico van schade. Dat risico moet volgens de wetgever niet worden afgemeten aan het concrete geval, maar aan de leeftijdsgroep van 16-minners in het algemeen.

Uit de rechtspraak blijkt dat verschillend wordt omgegaan met de schadelijkheidstoets. Door de ene rechter wordt de schadelijkheid van pornografie en naaktheid als vanzelfsprekend beschouwd, terwijl de andere rechter die schadelijkheid niet zonder meer aanneemt. Daarnaast lijkt verschil te zitten in de factoren die bij de schadelijkheidstoets worden meegewogen. In bepaalde uitspraken houdt de rechter voor ogen dat het volgens de wetgever niet gaat om de situatie van de jeugdige in het concrete geval, maar uit weer andere uitspraken ontstaat de indruk dat daarbij met die situatie juist sterk rekening wordt gehouden.

Ten slotte heeft de wetgever weinig handvatten gegeven voor de beantwoording van de vraag in hoeverre art. 240a Sr ook op afstand kan worden gepleegd. In de rechtspraak lijkt algemeen te worden aangenomen dat het artikel ook van toepassing is bij het versturen van foto- en filmbestanden via de telefoon, maar de status van live-beelden in deze context is controversieel: in de ene benadering zijn die beelden wel onder art. 240a Sr te brengen en in de andere benadering is dat uitdrukkelijk niet het geval. De eerstgenoemde ruime benadering zorgt ervoor dat overlap ontstaat met andere zedenbepalingen die bij live-beelden (bijvoorbeeld webcamcontact) van toepassing kunnen zijn.

2.4.4.9 Art. 248c Sr

> Artikel 248c Sr
> Hij die opzettelijk aanwezig is bij het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel bij het vertonen van afbeeldingen van dergelijke handelingen in een daarvoor bestemde gelegenheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Inleiding

Bij de Wet partiële herziening zedelijkheidswetgeving in 2002 is met de invoering van art. 248c Sr een nieuw delict geïntroduceerd, dat zich volgens de wetgever richt op degene die 'opzettelijk aanwezig is bij een seksshow waarin iemand optreedt die kennelijk minderjarig is'.[397]

Afgaand op de gepubliceerde jurisprudentie wordt art. 248c Sr niet vaak in stelling gebracht; er zijn slechts een paar zaken aangetroffen waarin de rechter zich inhoudelijk over een dergelijk verwijt heeft moeten uitlaten.[398]

---

397 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 11.

398 De volgende zaken zijn op «www.rechtspraak.nl» aangetroffen: Rb. Breda 10 februari 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AV1470; Rb. Breda 27 april 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BA3965, ECLI:NL:RBBRE:2007:BA3971 en ECLI:NL:RBBRE:2007:BA3975; Hof Den Bosch 12 novem-

Daarnaast is art. 248c Sr een enkele keer als vangnet opgenomen in een tenlastelegging zonder dat de rechter daaraan toekwam, maar ook die gevallen lijken zeer beperkt.[399] De gepubliceerde zaken zijn overigens allemaal geëindigd in een vrijspraak, om redenen die hieronder aan bod zullen komen. Hoewel art. 248c Sr in de praktijk dus nog geen belangrijke functie lijkt te vervullen, is niettemin op grond van de wetsgeschiedenis, de wettekst en de rechtspraak een aantal bijzonderheden aan te wijzen.

'Plegen' door de jeugdige

De eerste bijzonderheid heeft te maken met de zinsnede 'het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon (etc.)' in art. 248c Sr, en is in paragraaf 2.3.5.6 al aan de orde geweest. In de zedentitel wordt onderscheid gemaakt tussen het 'plegen' door dader (zoals 'ontucht plegen met' in art. 247 Sr), het 'plegen' door het slachtoffer (zoals in art. 248c Sr) en zowel het 'plegen' als het 'dulden' door het slachtoffer (zoals in art. 248a Sr). Hierdoor wordt de suggestie gewekt dat het in art. 248c Sr – waarin alleen het 'plegen' door de jeugdige is opgenomen – niet gaat om het enkele 'dulden' door de jeugdige. Het passief blijven van de jeugdige zou vanuit deze wetssystematiek bezien buiten het bereik van de strafbepaling vallen. Machielse gaat er zelfs van uit dat art. 248c Sr is beperkt tot handelingen die de minderjarige aan zichzelf verricht, en dat dus tevens handelingen met een derde zijn uitgesloten.[400] Deze beperkte lezing lijkt hij te baseren op de wetsgeschiedenis, waarin vaak werd gesproken over 'peepshows'.[401]

Met betrekking tot deze kwestie moet worden geconstateerd dat op grond van Richtlijn 2011/93/EU inmiddels de Unierechtelijke verplichting bestaat het bijwonen van pornografische voorstellingen waarbij kinderen zijn betrokken strafbaar te stellen. De genoemde richtlijn definieert een pornografische voorstelling onder meer als 'het live vertonen, bedoeld voor een publiek, (...) van een kind dat *deelneemt aan* echte of gesimuleerde expliciete seksuele gedragingen'.[402] Door deze iets ruimere terminologie is een extensieve interpretatie van het 'plegen' in art. 248c Sr goed verdedigbaar, hoewel de wetssystematiek dus in een andere richting wijst.

---

ber 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC9341; Rb. Noord-Nederland 18 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:3730.

399 Zie voor een voorbeeld: Rb. Breda 27 april 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BA3992.

400 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 248c Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

401 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 5, p. 12; *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 21; *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 5, 9, 11, 19, 22, 23, 25, 26; *Handelingen II* 2001/02, 4 april 2002, 64, p. 4311; *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, 34, p. 1704.

402 Richtlijn 2011/93/EU art. 2 onder e jo. art. 4 lid 4 (cursivering toegevoegd). Voor de aanwijzing dat art. 248c Sr tot uitvoering van de genoemde verplichtingen strekt, zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 18 (transponeringstabel).

Optreden in een seksshow

De tweede bijzonderheid betreft het verschil tussen de ruim opgestelde wettekst ('aanwezig zijn bij het plegen van ontuchtige handelingen') en de kennelijke bedoeling van de wetgever een delict te ontwerpen dat betrekking heeft op het aanwezig zijn bij een 'seksshow' waarin de jeugdige 'optreedt'.[403] Dit laatste duidt meer op een planmatig opgezette show bestemd voor een bepaald publiek, een indruk die ook uit andere delen van de wetsgeschiedenis ontstaat. De wetgever overwoog bijvoorbeeld dat de introductie van art. 248c Sr te maken had met de Nederlandse aansluiting bij het ILO-verdrag inzake het verbod en de onmiddellijke actie voor de uitbanning van de ergste vormen van kinderarbeid.[404] Voorts wijst de hiervoor vermelde tekst van Richtlijn 2011/93/EU in dezelfde richting ('bedoeld voor een publiek'). De wettekst laat daarentegen, op zichzelf beschouwd, voor meer situaties ruimte. Zo beantwoordt het opzettelijk aanwezig zijn bij seksuele handelingen tussen een veertienjarige en een zestigjarige in de privésfeer in beginsel aan de delictsomschrijving, maar niet aan de zojuist omschreven kennelijke bedoeling van de wetgever.

In de dun gezaaide feitenrechtspraak over art. 248c Sr is tot nu toe aangesloten bij de beperkte opvatting. In de betreffende zaken is de rechter van mening dat het deelnemen aan groepsseks tussen jeugdigen of het als jeugdige opzettelijk aanwezig zijn daarbij, nog niet een 'publiek' oplevert zoals kennelijk vereist door de wetgever.[405]

Bijwonen op afstand

De laatste bijzonderheid houdt verband met de vraag of art. 248c Sr van toepassing is op gevallen op afstand, bijvoorbeeld via de webcam. Opvallend hierbij is dat de wetsgeschiedenis haaks lijkt te staan op de huidige Unierechtelijke verplichtingen.

Bij de totstandkoming van art. 248c Sr is door D66 aangekaart dat, afgaand op de memorie van toelichting, art. 248c Sr alleen van toepassing zou zijn bij lijfelijke aanwezigheid van de toeschouwer, en niet wanneer die toeschouwer de handelingen waarneemt via een gesloten televisiecircuit of via internet.[406]

403 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 11.
404 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 7.
405 Zie Rb. Breda 27 april 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BA3965, ECLI:NL:RBBRE:2007:BA3971 en ECLI:NL:RBBRE:2007:BA3975. Bij deze zaken werd een andere medeverdachte veroordeeld voor het plegen van ontucht en kwam de rechtbank niet toe aan de beoordeling van het subsidiaire verwijt met betrekking tot art. 248c Sr (Rb. Breda 27 april 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BA3992). In het hoger beroep van deze laatstgenoemde zaak achtte het hof het plegen van ontucht echter niet bewezen en sprak tevens, op dezelfde gronden als de rechtbank eerder bij de andere zaken had gedaan, vrij van het verwijt ter zake van art. 248c Sr. Zie Hof Den Bosch 12 november 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC9341.
406 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 5, p. 12.

Deze visie werd door de minister vervolgens meerdere malen stellig bevestigd.[407] Een uitbreiding werd door hem ontraden. Het strafbaar stellen van het opzettelijk via technische hulpmiddelen toekijken zou niet te handhaven zijn, terwijl bij het zelf vastleggen van de beelden of bij het uitlokken van de handelingen en van de vastlegging elders, opgetreden zou kunnen worden aan de hand van art. 240b Sr (kinderpornografie) of art. 248a Sr (uitlokken van ontucht).[408]

Door Kamerlid Dittrich werd niettemin een amendement ingediend met de strekking ook het opzettelijk via technische hulpmiddelen toekijken strafbaar te stellen.[409] Uiteindelijk heeft Dittrich het amendement ingetrokken, ogenschijnlijk omdat de minister na een uitgebreide discussie met de Tweede Kamer had toegezegd dat de bepaling ook van toepassing zou zijn op de aanwezigheid in 'uitwijkzaaltjes' in hetzelfde gebouw, die een directe beeldverbinding hebben met de al volgelopen zaal waarin wordt opgetreden.[410]

De intrekking van het amendement is niet zonder meer te begrijpen; met de toezegging werd de bedoeling van het amendement immers niet substantieel ondervangen. Ook na de discussie met de Kamer en na de toezegging van de minister stond buiten twijfel dat de toeschouwer lijfelijk aanwezig moest zijn; hetzij in de zaal zelf, hetzij ergens dichtbij in hetzelfde gebouw.

Bijna tien jaar na de inwerkingtreding van art. 248c Sr kwam Richtlijn 2011/93/EU tot stand, met in art. 4 lid 4 de volgende verplichting voor de lidstaten:

> *Artikel 4 lid 4 Richtlijn 2011/93/EU*
> 'Het welbewust bijwonen van pornografische voorstellingen waaraan een kind deelneemt, wordt gestraft met een maximumgevangenisstraf van ten minste twee jaar indien het kind nog niet seksueel meerderjarig is en van ten minste één jaar indien het kind seksueel meerderjarig is.'

In art. 2 van de richtlijn wordt de volgende definitie van het begrip 'pornografische voorstelling' gegeven, een definitie die zojuist al gedeeltelijk werd besproken (cursivering toegevoegd):

> *Artikel 2 Richtlijn 2011/93/EU*
> In deze richtlijn wordt verstaan onder:
> (...)
> e) pornografische voorstelling: het live vertonen, bedoeld voor een publiek, *onder meer door gebruikmaking van informatie- en communicatietechnologie*:
> i) van een kind dat deelneemt aan echte of gesimuleerde expliciete seksuele gedragingen, of

407 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 21 en 24; *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 19; *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, p. 34-1704.

408 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 19.

409 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 13 (zie tevens nr. 10). Het onderdeel 'hij die opzettelijk aanwezig is' zou moeten worden gevolgd door de zinsnede 'of via technische hulpmiddelen opzettelijk toeschouwer is'.

410 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14, p. 19, 25-26; *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, p. 34-1704.

ii) van de geslachtsorganen van een kind voor primair seksuele doeleinden;

(...).

Deze definitie, met uitdrukkelijke aandacht voor communicatietechnologie, lijkt er geen twijfel over te laten bestaan dat zij zich ook richt op diegenen die opzettelijk toeschouwer zijn via een live beeldverbinding, iets wat nu juist in 2002 uitdrukkelijk van de werkingssfeer van art. 248c Sr werd uitgesloten.

Bij de implementatie van Richtlijn 2011/93/EU is geen bijzondere aandacht besteed aan de verplichtingen zoals die uit art. 4 lid 4 en art. 2 van de richtlijn voortvloeien. In de transponeringstabel van de memorie van toelichting wordt verwezen naar art. 248c Sr als bestaande strafbaarstelling die aan de verplichtingen van art. 4 lid 4 voldoet, terwijl in die tabel met betrekking tot art. 2 onder e van de richtlijn (de definitie van 'pornografische voorstelling') slechts staat vermeld: *'Volgt uit reikwijdte artikel 248c Sr'*.[411] Dit duidt er niet op dat de wetgever zich bewust is geweest van de fundamentele discrepantie tussen de totstandkomingsgeschiedenis van art. 248c Sr en de strekking van art. 2 lid e Richtlijn 2011/93/EU.[412]

Welke interpretatie zou hier nu voorrang moeten krijgen: de wetshistorische interpretatie op basis van de stellige opvatting van de wetgever bij de totstandkoming van art. 248c Sr, of de daarvan wezenlijk verschillende richtlijnconforme interpretatie? Dit lijkt geen uitgemaakte zaak. Weliswaar reikt de plicht tot richtlijnconforme interpretatie zo ver dat zij ook de wetshistorische visie opzij kan zetten, maar zij vindt niettemin haar grenzen in de eisen van legaliteit en de bewoordingen van de wettekst; het resultaat mag niet *contra legem* zijn.[413] Het lijkt hier een kwestie van nuance of het volgen van de definitie in art. 2 onder e van de richtlijn wordt gezien als een toegestane extensieve interpretatie of als een voor de verdachte te verrassende interpretatie die te veel leunt op de richtlijn en te weinig op de wet. Beide perspectieven schijnen in deze context verdedigbaar.

Hierbij kan ook worden betrokken dat zowel de wetsgeschiedenis als de feitenrechtspraak de rechtszoekende op het verkeerde been kan zetten. In de kleine groep gepubliceerde uitspraken over art. 248c Sr zijn slechts twee zaken te vinden op het onderhavige terrein en in beide gevallen spreekt de rechter vrij omdat de verdachte via de webcam had toegekeken en dit blijkens de wetsgeschiedenis buiten het bereik van art. 248c Sr valt.[414] Dit zijn weliswaar

---

411 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 18 (transponeringstabel).

412 Eerder had het Verdrag van Lanzarote het nog uitdrukkelijk aan de verdragsstaten zelf overgelaten of de nationale strafbepaling ook betrekking zou hebben op live beeldverbindingen: 'Depending on States, this provision may also cover the situation of persons who are spectators of pornographic performances involving the participation of children through such means of communication as webcams.' Zie art. 21 VvL en het *Explanatory report*, overweging 148. De Nederlandse wetgever is bij de implementatie niet op dit punt ingegaan. Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 3, p. 12.

413 Zie hierover Altena-Davidsen, *AAe* 2012, p. 552-561; Borgers & De Graaf 2015, p. 56-62; Klip, *EJCCLCJ* 2014; Van Kempen 2006, p. 80-82; Rijken, *Strafblad* 2012/3.

414 Zie Rb. Breda 10 februari 2006, ECLI:NL:RBBRE:2006:AV1470 en Rb. Noord-Nederland 18 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:3730.

beslissingen die voorafgaan aan het ingaan van de verplichtingen uit Richtlijn 2011/93/EU,[415] maar gezien het verborgen gebleven karakter van de besproken elementen uit de richtlijn en het prominente karakter van de nationale totstandkomingsgeschiedenis op dit punt, is goed voorstelbaar dat deze beslissingen zich zullen herhalen.

Afsluiting

Met betrekking tot art. 248c Sr, dat in 2002 werd ingevoerd, zijn in het voorgaande enkele bijzonderheden de revue gepasseerd.

Ten eerste valt op dat de in art. 248c Sr omschreven gedraging van de jeugdige is beperkt tot het 'plegen' van ontuchtige handelingen, terwijl andere bepalingen, zoals art. 248a Sr, ook gewag maken van het 'dulden' van dergelijke handelingen. Vanuit wetssystematisch oogpunt rijst het vermoeden dat het enkele dulden van ontuchtige handelingen niet onder het regime van art. 248c Sr valt. Omdat de wetgever dikwijls sprak over 'peepshows' is Machielse zelfs van mening dat art. 248c Sr zich alleen uitstrekt tot handelingen die de jeugdige met zichzelf verricht. Tegenover deze beperkte invulling staan de verplichtingen uit Richtlijn 2011/93/EU, waarin het gaat om een voorstelling waaraan het kind 'deelneemt'. Deze ruimere formulering biedt een grondslag voor een ruime uitleg op dit punt.

Ten tweede blijkt uit de wetsgeschiedenis dat art. 248c Sr een beperktere strekking heeft dan de delictsgedraging 'opzettelijk aanwezig zijn bij het plegen van ontuchtige handelingen' doet vermoeden. Het lijkt te moeten gaan om een planmatig opgezette seksshow bestemd voor een bepaald publiek. Ook de bewoordingen van Richtlijn 2011/93/EU zijn betrekkelijk specifiek. Uit enkele uitspraken van de feitenrechter volgt dat deze in dit beperktere perspectief meegaat; het deelnemen aan groepsseks tussen jeugdigen of het als jeugdige opzettelijk aanwezig zijn daarbij, werd niet gezien als een 'publiek' zoals de wetgever volgens de rechter kennelijk vereist.

Ten derde kan op grond van een vergelijking tussen de totstandkomingsgeschiedenis van art. 248c Sr enerzijds en Richtlijn 2011/93/EU anderzijds tot de conclusie worden gekomen dat deze twee bronnen de status van het toekijken via een live-beeldverbinding wezenlijk anders waarderen. Bij de totstandkoming is door de wetgever uitdrukkelijk overwogen dat art. 248c Sr alleen betrekking heeft op lijfelijk aanwezige toeschouwers, hetzij in de zaal zelf, hetzij in een nabije zaal in hetzelfde gebouw. Daarentegen schaart Richtlijn 2011/93/EU onder 'pornografische voorstelling' ook de situatie dat toeschouwers via digitale communicatiemiddelen meekijken. Welke lezing hierbij voorrang moet krijgen, is afhankelijk van het perspectief van de wetsuitlegger; voorrang verlenen aan de ruime invulling op grond van de richtlijn kan worden gezien als toegestane extensieve uitleg of als de niet toegestane uitleg *contra legem.*

[415] Uiterlijk op 18 december 2013 dienden lidstaten aan de verplichtingen uit de richtlijn te voldoen (zie art. 27 Richtlijn 2011/93/EU).

2.4.4.10 Art. 240b Sr

> Artikel 240b Sr
> 1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.
>
> (…)

Contact in elkaars aanwezigheid

De delictsomschrijving van art. 240b Sr (kinderpornografie) kan ook worden vervuld bij persoonlijk contact tussen de verdachte en de jeugdige. Hierbij moet vanzelfsprekend worden gedacht aan het maken van foto's of films; degene die opzettelijk seksuele poses van de jeugdige vastlegt op een camera maakt zich schuldig aan het 'vervaardigen' van kinderpornografie. Deze gedraging is zelfs een belangrijke reden voor het bestaan van art. 240b Sr, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis:

> 'Kinderporno is primair strafbaar gesteld omdat het brengen van een kind tot een seksuele gedraging of een seksueel getinte pose met het oog op het maken van een afbeelding daarvan, schadelijk is voor het kind of omdat de openbaarmaking of het in omloop brengen van die afbeelding schadelijk is voor dat kind en voor kinderen in het algemeen.'[416]

Een dergelijk vervaardigen kan samengaan met fysiek misbruik, waarmee onmiddellijk ook andere delicten in beeld komen, zoals 'ontucht plegen met' de jeugdige (art. 247 en art. 249 Sr).[417] En hoewel in paragraaf 2.3.5 is gebleken dat de wetgever met betrekking tot het bestanddeel 'ontucht plegen met' blijft uitgaan van het vereiste van lichamelijk contact, is eveneens gebleken dat de Hoge Raad criteria hanteert die het mogelijk maken onder omstandigheden van 'ontucht plegen met' te spreken zonder dat de verdachte en de jeugdige elkaar hebben aangeraakt. De feitenrechter heeft dan ook meer dan eens het maken van kinderpornografische foto's aangemerkt als 'ontucht plegen met' de jeugdige in de zin van art. 247 en art. 249 Sr.[418]

---

416 *Handelingen I* 2001/02, 2 juli 2002, nr. 34, p. 1698 (opmerking van de minister).

417 De Hoge Raad heeft in het kader van het vervaardigen van kinderpornografie overwogen dat art. 240b Sr niet als specialis geldt van art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag) omdat de jeugdige anders de extra bescherming van die bepaling (het hogere strafmaximum) zou moeten missen. Zie HR 20 januari 1998, *NJ* 1998/336.

418 Zie o.m. Rb. Almelo 4 juni 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM7070 en Rb. Overijssel 5 juni 2014 ECLI:NL:RBOVE:2014:3041.

Contact op afstand

Voor het vervaardigen van kinderpornografische foto's en films is de fysieke aanwezigheid van de jeugdige geen vereiste; ook via bijvoorbeeld een webcamverbinding kunnen opnames worden gemaakt. Deze vorm van art. 240b Sr komt regelmatig in de feitenrechtspraak naar voren.[419] Een belangrijke rechtsvraag die eerder bij de bespreking van art. 240a Sr op de voorgrond trad en ook in het kader van art. 240b Sr nog niet beantwoord lijkt, betreft de status van live-beelden; niet-vastgelegde, vluchtige beelden, zoals de beelden die door middel van webcamcontact tot stand komen. Vallen deze beelden ook onder de werking van art. 240b Sr?

Vóór 2010 scheen deze vraag nog betrekkelijk eenvoudig te beantwoorden: uit de parlementaire stukken kon worden afgeleid dat het bij art. 240b Sr moest gaan om *vastgelegde* afbeeldingen.[420] Thans ligt de beantwoording evenwel lastiger, door een wijziging in art. 240b Sr in 2010. In dat jaar is de delictsomschrijving van art. 240b Sr verruimd door de toevoeging van de gedraging 'zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen tot' kinderpornografische afbeeldingen, of kort gezegd: zich toegang verschaffen tot kinderpornografie.[421] Het betreft de uitvoering van een facultatieve verruimingsgrond genoemd in het Verdrag van Lanzarote. De toelichting op dit verdrag biedt zelf geen antwoord op de onderhavige vraag[422], terwijl de wetsgeschiedenis met betrekking tot de goedkeuring en implementatie van het verdrag een wisse-

419 Vgl. bijvoorbeeld Hof Den Bosch 27 februari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ9818; Rb. Breda 17 juli 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX1668; Hof Den Bosch 21 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7144; Rb. Rotterdam 4 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7379; Rb. Rotterdam 6 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9179.

420 Zie onder meer de karakterisering van art. 240b Sr in *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, de parlementaire discussie over invoering van art. 248c Sr (aanwezig zijn bij een seksshow) in *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 14 en ten slotte, als terugblik op die wetsgeschiedenis, de beantwoording van Kamervragen over seksueel misbruik via internet, in 2007; *Handelingen II* 2006/07, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1089, (Vragen van het lid Gerkens (SP) aan de minister van Justitie over de aanpak van seksuele uitbuiting van minderjarigen op het internet), p. 2312. Zie voorts de evaluatie van de zedenwetgeving in 2006, waaruit blijkt dat, in de rechtspraktijk tot die tijd, webcamcontacten zonder opnames niet met art. 240b Sr in verband werden gebracht (Lünnemann e.a. 2006, in het bijzonder p. 37 e.v. en p. 107).

421 *Stb.* 2009, 544 (inwerkingtreding op 1 januari 2010).

422 *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (beschikbaar op «coe.int»), overweging 140: 'Paragraph 1 f is a new element introduced in this Convention. It is intended to catch those who view child images on line by accessing child pornography sites but without downloading and who cannot therefore be caught under the offence of procuring or possession in some jurisdictions. To be liable the person must both intend to enter a site where child pornography is available and know that such images can be found there. Sanctions must not be applied to persons accessing sites containing child pornography inadvertently. The intentional nature of the offence may notably be deduced from the fact that it is recurrent or that the offences were committed via a service in return for payment.'

lend beeld geeft over de betekenis van deze nieuwe delictsgedraging, zoals blijkt uit de volgende citaten (cursivering toegevoegd):

> *Kamerstukken II 2008/09, 31 808, nr. 3, p. 11*
>
> 'Het Verdrag houdt nadrukkelijk rekening met de ontwikkelingen in de informatie- en communicatietechnologie en de nieuwe mogelijkheden tot misbruik die daardoor worden geboden. In dit verband hebben de verdragsopstellers op Nederlands initiatief de vraag bezien of de strafbaarstelling van «bezit» van kinderpornografie nog voldoende is toegesneden op de moderne methoden om op internet toegang te verkrijgen tot kinderpornografie zonder daarbij het materiaal op de eigen computer op te slaan. Het begrip «bezit» heeft immers van oudsher een fysieke connotatie. Het Verdrag voorziet om die reden in genoemde uitbreiding van de strafbaarstelling. Deze strafbaarstelling zou strafwaardige gedragingen terzake kinderpornografie kunnen ondervangen die bij afwezigheid van gedownload materiaal op de computer mogelijk niet onder de strafbaarstelling van «bezit» zouden kunnen worden gebracht. *In het bijzonder kan daarbij worden gedacht aan personen die zich tegen betaling toegang verschaffen tot kinderpornografie, maar de strafbare beelden uitsluitend «real time» bekijken.*'

> *Kamerstukken II 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 3-4*
>
> 'De achtergrond van deze aanscherping van de strafbaarstelling van kinderpornografie is de volgende. Door technologische ontwikkelingen is het mogelijk om met gebruik van informatietechnologie toegang te verkrijgen tot *op afstand geplaatste bestanden* waarop zich kinderpornografisch materiaal, al dan niet versleuteld, bevindt. Aldus bestaat er een mogelijkheid om *over het materiaal te beschikken en dit desgewenst te bekijken,* zonder dat daarbij *het materiaal* op de eigen computer wordt opgeslagen. De vraag rijst of deze wijze van het verkrijgen van toegang tot kinderpornografie in alle gevallen onder de bestaande strafbaarstelling van «bezit» kan worden gebracht. Het begrip «bezit» heeft immers van oudsher een fysieke connotatie. In een digitale context wordt daarbij in de eerste plaats gedacht aan vastgelegde data. De jurisprudentie over artikel 240b Sr geeft nog geen duidelijk antwoord op de vraag naar de reikwijdte van het begrip «bezit» in een digitale context. Voorkomen moet evenwel worden dat personen die zich bijvoorbeeld met gebruik van versleutelingstechnieken of besloten computernetwerken toegang verschaffen tot kinderpornografie, bij afwezigheid van gedownload materiaal op de eigen computer, niet strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. *Daarbij kan ook worden gedacht aan personen die zich tegen betaling toegang verschaffen tot kinderpornografie, maar de strafbare beelden uitsluitend «real time», zonder gelijktijdig op de harde schijf te downloaden, bekijken.* In het bijzonder de personen die zich op professionele en commerciële schaal bezighouden met kinderpornografie, blijken vindingrijk in versleutelingstechnieken en nieuwe technische methoden om hun gedragingen zoveel mogelijk af te schermen. De voorgestelde aanscherping van artikel 240b Sr biedt een ruimer bereik en vormt een nuttig en wenselijk vangnet voor gevallen die mogelijk niet onder de strafbaarstelling van «bezit» zouden kunnen worden gebracht. Het scherpt bovendien in dat de relatieve afstandelijkheid en anonimiteit van het internet geen vrijplaats bieden om straffeloos dit soort ernstige feiten te plegen.
>
> *Het bekijken van kinderpornografie als zodanig is niet strafbaar gesteld.* Dat is een bewuste keuze van de wetgever. De voorgestelde aanscherping strekt ook niet tot strafbaarstelling daarvan. Strafbaarstelling van kijken naar kinderpornografie is in de praktijk niet handhaafbaar en dient om die reden achterwege te blijven. (…)'[423]

> *Kamerstukken II 2008/09, 31 810, nr. 4, p. 7*
>
> 'De leden van de VVD-fractie hebben met instemming kennisgenomen van de aangekondigde uitbreiding van de strafbaarstelling van artikel 240b van het Wetboek van Strafrecht, zodat ook personen die zich tegen betaling toegang verschaffen tot kinderporno (*het real time bekijken van beelden*) hieronder komen te vallen.'

423 In vergelijkbare zin: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 3, p. 11.

> *Kamerstukken II 2008/09, 31 810, nr. 4, p. 9*
> 'Het verheugt mij dat de leden van de fractie van de VVD met instemming kennis hadden genomen van de door mij ter uitvoering van het Verdrag voorgenomen uitbreiding van de strafbaarstelling terzake kinderpornografie.'
>
> *Kamerstukken I 2009/10, 31 808, C, p. 10*
> Met de voorgestelde strafbaarstelling van het «zich toegang verschaffen tot» wordt ingelopen op de mogelijkheden tot ontduiking van het verbod op bezit van kinderpornografie. *De gelegenheid daartoe zou immers kunnen worden gevonden in de door de moderne techniek geboden mogelijkheid om over kinderpornografische afbeeldingen te beschikken en deze desgewenst te bekijken, zonder de afbeeldingen op de eigen computer op te slaan.*'

Uit deze citaten blijkt dat enerzijds regelmatig is gesproken over het (zich toegang verschaffen tot een site en daarna) *real time* bekijken van kinderpornografie, iets wat ook het zich toegang verschaffen tot live-beelden zou kunnen omvatten. Anderzijds worden in deze context uitdrukkingen gebezigd als 'op afstand geplaatste bestanden', 'het materiaal' en 'beschikken over kinderpornografische afbeeldingen en deze desgewenst bekijken'. Deze uitdrukkingen lijken ervan uit te gaan dat het nog steeds gaat om opgeslagen afbeeldingen. De mogelijkheid om toegang te verkrijgen tot 'op afstand geplaatste bestanden' wordt zelfs de 'achtergrond van deze aanscherping' genoemd. Vanuit dit perspectief zou de verruiming van de delictsomschrijving zuiver erin gelegen zijn dat het nadien niet meer uitmaakt waar die bestanden zijn opgeslagen; op de eigen computer ('bezitten'), op eigen schijfruimte in de *cloud* ('bezitten' of 'zich de toegang verschaffen) of op een opslagmedium van een ander ('zich de toegang verschaffen').

Dat in de wetsgeschiedenis wordt benadrukt dat 'het bekijken van kinderpornografie als zodanig' ook na de verruiming niet strafbaar zou zijn, lijkt weinig richting te kunnen geven aan deze kwestie. Met die opmerking moest buiten twijfel worden gesteld dat 'zich de toegang verschaffen' een actieve, toegang-gerelateerde gedraging vereist, iets wat meer is dan het enkel kijken naar kinderpornografie.[424] Dit zegt nog niets over de aard van de beelden zelf.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat het Verdrag van Lanzarote het strafbaar stellen van het zich toegang verschaffen tot kinderpornografie weliswaar nog facultatief formuleerde, maar dat Nederland tot die strafbaarstelling inmiddels is verplicht op grond van Richtlijn 2011/93/EU (art. 5 lid 3: 'Het zich door middel van informatie- en communicatietechnologie welbewust toegang verschaffen tot kinderpornografie wordt gestraft met een maximumgevangenisstraf van ten minste één jaar.'). De richtlijn noch haar implementatie biedt voor de onderhavige vraag informatie. Bij de implementatie is enkel verwezen naar art. 240b Sr als bestaande bepaling die aan de verplichting voldoet.[425]

---

424 Zie daarover nader: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 4.
425 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 4 en 18.

Het valt op dat uit de introductie van de delictsgedraging ‘zich de toegang verschaffen’, van verschillende zijden als vanzelfsprekend lijkt te zijn afgeleid dat vanaf 2010 ook live-beelden onder de werking van art. 240b Sr vallen. Zo stelt de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen naar aanleiding van de wijziging:

> ‘Nu kunnen ook kijkers worden vervolgd van wie niet kan worden bewezen verklaard dat zij opzettelijk kinderpornografie hebben gedownload naar bijvoorbeeld de map tijdelijke internetbestanden op de harddisk, maar wel dat zij met (voorwaardelijk) opzet zich toegang hebben verschaft tot websites met kinderpornografische inhoud of dit nu afbeeldingen, hyperlinks of live webcamstreams zijn.’[426]

Kerstens, onderzoeker op het gebied van online dader- en slachtofferschap, is eveneens stellig:

> ‘Een (...) gevolg van het verdrag [van Lanzarote; KL] is de aanpassing van de strafbaarstelling van kinderpornografie in artikel 240b Sr: het live bekijken van seksuele verrichtingen van een minderjarige voor de webcam valt nu onder de aanduiding kinderpornografie.’[427]

Ten slotte liet het openbaar ministerie in de inmiddels ingetrokken Aanwijzing Kinderpornografie uit 2011 een vergelijkbaar standpunt zien:

> ‘Het ‘live’ bekijken van webcambeelden van seksuele gedragingen van minderjarigen in een privé-omgeving zonder deze vervolgens op te slaan en aldus in ‘bezit’ te hebben, was tot aan deze wetswijziging niet strafbaar. Slechts het bekijken van dergelijke beelden in ‘een daarvoor bestemde gelegenheid’ (art. 248c Sr; bijvoorbeeld een peepshow, bordeel o.i.d.) was strafbaar. Door deze wetswijziging zijn ook personen die thuis op de computer live webcambeelden bekijken zonder deze op een gegevensdrager vast te leggen (‘bezit’) strafbaar geworden.’[428]

In het geldende gepubliceerde beleid van het OM wordt geen standpunt meer ingenomen over de status van live-beelden.

In de materieelrechtelijke handboeken laten Kool en Machielse het op dit punt bij een min of meer letterlijke weergave van de wetsgeschiedenis, met bewoordingen als het ‘real time bekijken van digitaal materiaal’.[429] De voorliggende rechtsvraag wordt daarbij dus niet afzonderlijk behandeld.

Voor zover kon worden nagegaan is deze kwestie ook in de rechtspraak nog niet aan de orde geweest. Wel heeft een iets ruimere rechtsvraag gespeeld in 2013 bij een zaak in eerste aanleg. De verdachte had zijn jeugdige dochter naakt voor de webcam laten poseren voor een toekijkende derde. De rechtbank zag zich voor de vraag gesteld of bij live webcamcontact sprake zou kun-

---

426 NRM 2011, p. 51.

427 Kerstens 2012, p. 27.

428 Aanwijzing Kinderpornografie, par. 3.1.1 (2010A025); *Stcrt.* 2010, 19121; volgens de informatie op <www.overheid.nl> ingetrokken op 1 november 2011.

429 Zie T&C-Sr 2014, aant. 7h bij art. 240b Sr (Kool) en Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 240b Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 19 juni 2013). Op gelijke wijze: Van den Brink & Milani 2014, p. 38.

nen zijn van het 'vervaardigen' of 'verspreiden' van kinderpornografische afbeeldingen. De rechtbank beantwoordde deze vraag ontkennend omdat zij, zo blijkt impliciet, veronderstelt dat de afbeeldingen moeten zijn vastgelegd:

> 'Met de verdediging is de rechtbank is van oordeel dat het (...) verspreiden of vervaardigen van kinderpornografische afbeeldingen van [naam dochter van verdachte], niet wettig en overtuigend kan worden bewezen.
> De rechtbank acht onvoldoende aanknopingspunten aanwezig om bewezen te verklaren dat verdachte tezamen met zijn chatrelatie 'Peter W.', zijnde de persoon aan wie hij zijn dochter heeft getoond, met opzet – al dan niet in voorwaardelijke zin – middels de webcam tijdens de chat een kinderpornografische film aan het opnemen/vervaardigen zou zijn. Uit het procesdossier is ook niet gebleken dat verdachte wist dat 'Peter W.' een film aan het opnemen was. Zo heeft verdachte zijn dochter niet langdurig laten poseren, doch kortstondig in beeld gebracht en kan van een mogelijke opname door 'Peter W.' niets uit het aangehaalde chatgesprek worden afgeleid. De enkele wetenschap van verdachte dat het maken van opnames tot de mogelijkheden van een webcam behoort doet aan voorgaande niet af en is ook onvoldoende om vast te stellen dat er bij verdachte sprake zou zijn van voorwaardelijk opzet op het maken van een kinderpornografische film.
> De rechtbank zal verdachte dan ook vrijspreken van dit deel van de tenlastelegging.' [430]

Deze zaak maakt duidelijk dat de kwestie nog iets ingewikkelder ligt dan eerder werd weergegeven. Immers, gesteld dat 'zich toegang verschaffen tot' livebeelden wel onder de werking van art. 240b Sr te brengen zou zijn, dan betekent dat in ieder geval voor deze delictsgedraging tevens dat het bestanddeel 'afbeelding' of het bestanddeel 'gegevensdrager bevattende een afbeelding' betrekking heeft op live-beelden. De bijkomende vraag is dan of de ruime invulling van die bestanddelen alleen is toegelaten bij de delictsgedraging 'zich de toegang verschaffen', of dat zij ook van toepassing is bij de andere gedragingen, zoals 'vervaardigen' en 'verspreiden'.

Het voorgaande laat al met al inderdaad geen duidelijk antwoord zien op de vraag of live-beelden ook onder het bereik van art. 240b Sr kunnen vallen. Voorzienbaar is wel dat aan zowel bevestigende als ontkennende beantwoording nadelen kleven.

Indien ook art. 240b Sr van toepassing is bij live-beelden, ontstaat een stelselmatige overlapping met andere bepalingen die thans door het OM en de rechter in soortgelijke situaties van toepassing worden geacht, zoals art. 247 Sr (ontucht plegen met 16-minners), art. 248a Sr (verleiden van 18-minners) en art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag). Deze overlapping is natuurlijk vaker aan de orde bij het 'vervaardigen' van kinderpornografie, maar er is hier duidelijk geen sprake van 'vervaardigen' in normale zin. Het zelfstandige belang achter art. 240b Sr, dat kinderen moeten worden beschermd tegen de toename en het in verdere omloop komen van (vastgelegde) kinderpornografische beelden, speelt hier niet. Daardoor vloeien de rechtsgoederen van de betrokken zedendelicten nog meer in elkaar. Dat geen sprake is van 'vervaar-

430 Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ0501.

digen' in normale zin, brengt overigens de volgende aanvullende complicatie in beeld bij de toepasselijkheid van live-beelden in het kader van art. 240b Sr.

Wat is in dit perspectief precies de delictsgedraging? Verschaft men zich toegang tot een 'afbeelding' elders, of tot een 'afbeelding' die op de eigen monitor wordt weergegeven? Om uit te gaan van een 'afbeelding' elders, lijkt niet voor hand te liggen bij live-handelingen die niet op de plaats zelf in beeld hoeven te worden gebracht. Indien de gedraging wordt gekoppeld aan de afbeelding op de eigen monitor, schijnt dit evenwel mee te brengen dat tegelijkertijd inderdaad sprake is van 'vervaardigen', zo de ruime invulling van 'afbeelding' ook in dat kader geldt. Degene die zich de toegang heeft verschaft tot de beeldverbinding heeft immers een belangrijke rol gespeeld bij de totstandkoming van de afbeeldingen en heeft voorts beschikkingsmacht over het al dan niet blijven bestaan ervan (het al dan niet uit zetten van de monitor of verbinding).[431] Vanuit de klassieke benadering van art. 240b Sr (met opgeslagen beelden) wordt het 'vervaardigen' aanzienlijk ernstiger geacht dan 'zich te de toegang verschaffen' of 'in bezit hebben'[432], maar die scheiding is moeilijker vol te houden in de context van live-beelden, waarbij de delictsgedragingen niet goed van elkaar te scheiden zijn. Mutatis mutandis lijkt hetzelfde op te gaan voor het zich toegang verschaffen tot een 'gegevensdrager bevattende een afbeelding'.

Indien daarentegen definitief wordt aangenomen dat art. 240b Sr juist niet van toepassing is bij live-beelden, worden enkele kwetsbaarheden in de strafrechtelijke bescherming van jeugdigen zichtbaar. Dit hangt samen met de reikwijdte van andere bepalingen. Ter illustratie kan worden gedacht aan het heimelijk filmen van de geslachtsdelen van naakte kinderen op het strand en het daarbij onmiddellijk voor commerciële doeleinden live beschikbaar stellen van deze beelden aan een derde op het internet (dus zonder deze beelden op te slaan; zogenoemd 'streamen'). Zonder vastlegging van de beelden kan in dit scenario geen sprake zijn van overtreding van art. 240b Sr, terwijl voorts ook geen ander zedendelict aan deze gedraging lijkt te beantwoorden. Art. 246 Sr (aanranding) en art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid) zijn volgens de Hoge Raad niet van toepassing op heimelijk filmen. Van deelneming aan het overtreden van art. 248c Sr (aanwezig zijn bij een seksshow) is vermoedelijk ook geen sprake, omdat kan worden betwijfeld of de jeugdigen hier 'ontuchtige handelingen plegen' en de beelden maar door één toeschouwer worden

431 Terzijde kan worden verwezen naar Rb. Haarlem 24 december 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AR8212, een vonnis dat weliswaar niet direct relevant is, maar wel een goede illustratie biedt van de juridische worsteling met nieuwe digitale fenomenen. In deze zaak had de verdachte een jong meisje ertoe bewogen haar kleren uit te trekken voor de webcam door haar voor te houden dat hij redacteur was van een tijdschrift en zij zodoende een prijs kon winnen. Het openbaar ministerie had de gedraging van de verdachte onder meer ten laste gelegd als oplichting (art. 326 Sr), in het bijzonder als het bewegen tot afgifte van de webcambeelden. De rechtbank oordeelde evenwel dat webcambeelden niet kunnen worden afgegeven in de zin van art. 326 Sr, omdat deze niet uit de beschikkingsmacht van de verzender geraken.

432 Vgl. bijvoorbeeld de Richtlijn strafvordering kinderpornografie 2013, *Stcrt.* 2013, 29674.

bekeken.[433] Evenmin is de algemene bepaling inzake heimelijk filmen (art. 139 Sr) van toepassing, omdat wordt gefilmd op een voor het publiek toegankelijke plaats. Indien de camera in de hand wordt gehouden, valt de gedraging ook buiten de reikwijdte van art. 441b Sr, een bepaling die vereist dat camera is ergens is 'aangebracht', dus bijvoorbeeld aan iets is vastgemaakt. Wat overblijft is de Algemene Plaatselijke Verordening die in sommige gemeenten het bespieden van personen als overtreding strafbaar stelt, maar ook de dekking van deze bepaling is beperkt. Deze kwesties over heimelijk filmen worden nader besproken in paragraaf 2.9.2.

Aan de hand van dit voorbeeld dringt zich ten slotte de vraag op of de uitsluiting van live-beelden van de werkingssfeer van art. 240b Sr ertoe zou kunnen leiden dat liefhebbers van kinderpornografie zich veiliger wanen bij het zich telkens opnieuw de toegang verschaffen tot live-beelden van kinderen in het buitenland, dan bij het downloaden van of zich de toegang verschaffen tot opgeslagen kinderpornografische afbeeldingen op het internet. Aanvullend kan hierbij worden betrokken dat het in het kader van de internationale rechtshulp begrijpelijkerwijs moeilijker kan zijn voldoende bewijs te vergaren voor de 'ontuchtdelicten' (zoals art. 247, 248a, 248b en 248c Sr) dan voor het enkele 'zich toegang verschaffen tot' live kinderpornografie. Immers, zelfs bij het hanteren van de ruimere maatstaf van de Hoge Raad die eerder in deze studie aan bod kwam met betrekking tot die ontuchtdelicten, dient nog steeds te worden hardgemaakt dat er voldoende interactie was tussen de verdachte en de buitenlandse jeugdige (art. 247 en 248b Sr), dat bepaalde middelen zijn gebezigd waardoor die jeugdige is bewogen (art. 248a Sr) of dat sprake was van een seksshow voor een bepaald publiek (art. 248c Sr).

2.4.4.11 Art. 248e Sr

> Artikel 248e Sr
> Hij die door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, een ontmoeting voorstelt met het oogmerk ontuchtige handelingen met die persoon te plegen of een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij die persoon is betrokken, te vervaardigen wordt, indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

Inleiding

Ter implementatie van art. 23 van het Verdrag van Lanzarote werd in 2010 art. 248e Sr ingevoerd.[434] Het daarin vervatte delict wordt doorgaans aangeduid als 'grooming'. Kort gezegd bestaat dit groomingsdelict uit (i) het door middel van een digitaal medium voorstellen van een ontmoeting (ii) aan ie-

---

433 Bovendien is het de vraag of art. 248c Sr van toepassing kan zijn op het op afstand 'aanwezig zijn' bij een seksshow; deze kwestie is besproken in paragraaf 2.4.4.9.

434 *Stb.* 2009, 544.

mand die jonger is dan zestien jaar, (iii) met het oogmerk ontuchtige handelingen met die jeugdige te plegen of kinderpornografie te vervaardigen, en vervolgens (iv) enige handeling ondernemen ter verwezenlijking van die ontmoeting.

De eerstgenoemde eis houdt mede in dat een digitaal medium moet zijn gebruikt. Dat brengt gelijk al mee dat het begrip 'grooming' in strafrechtelijke zin een engere betekenis heeft dan in het spraakgebruik. Zo definieert de Engelstalige wikipedia-site het begrip 'child grooming' als 'befriending and establishing an emotional connection with a child, and sometimes the family, to lower the child's inhibitions for child sexual abuse'.[435] Ook het *explanatory report* bij het Verdrag van Lanzarote omschrijft grooming in beginsel ruim: 'the preparation of a child for sexual abuse, motivated by the desire to use the child for sexual gratification'.[436] De in deze definities genoemde doelstelling van de dader komt weliswaar terug in de verdragsverplichting en in art. 248e Sr, maar zowel de verplichting als art. 248e Sr mist toepassing wanneer die doelstelling wordt bereikt door middel van direct persoonlijk contact. Van deze discrepantie waren de opstellers van het Verdrag van Lanzarote zich ook bewust:

> 'Other forms of grooming through real contacts or non-electronic communications are outside the scope of the provision. In view of the particular danger inherent in the use of such technologies due to the difficulty of monitoring them the negotiators wished to focus the provision exclusively on the most dangerous method of grooming children which is through the Internet and by using mobile phones to which even very young children increasingly now have access.'[437]

De vereiste tweeledige delictshandeling werd eveneens toegelicht (een ontmoeting voorstellen en daarna een handeling ondernemen ter verwezenlijken van die ontmoeting):

> 'The negotiators felt that simply sexual chatting with a child, albeit as part of the preparation of the child for sexual abuse, was insufficient in itself to incur criminal responsibility. A further element was needed. (…) Thus the relationshipforming contacts must be followed by a proposal to meet the child.
> (…)
> In addition (…) the offence is only complete if the proposal to meet "has been followed by material acts leading to such a meeting". This requires concrete actions, such as, for example, the fact of the perpetrator arriving at the meeting place.'[438]

De onderhavige verplichting uit het Verdrag van Lanzarote werd overgenomen in Richtlijn 2011/93/EU, inclusief de beperking tot digitale media.[439] In

---

435 Zie «en.wikipedia.org/wiki/child_grooming» (laatst geraadpleegd: april 2015).

436 *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (beschikbaar op «coe.int»), overweging 156.

437 Idem, overweging 159.

438 Idem, overweging 157, 160.

439 Art. 6 Richtlijn 2011/93/EU.

de preambule van de richtlijn staat niettemin een dringende oproep aan de lidstaten om ook 'offline grooming' strafbaar te stellen:

> 'In het kader van het internet vormt het benaderen van kinderen voor seksuele doeleinden een bedreiging met specifieke kenmerken, aangezien internet de gebruiker een ongekende anonimiteit biedt omdat hij zijn identiteit en persoonlijke kenmerken, zoals zijn leeftijd, kan verhullen. Tegelijkertijd erkennen de lidstaten dat het van groot belang is de benadering van kinderen voor seksuele doeleinden buiten de context van internet eveneens te bestrijden, in het bijzonder wanneer een dergelijke benadering plaatsvindt zonder gebruik van informatie- en communicatietechnologie. De lidstaten worden aangespoord om gedragingen waarbij de benadering van een kind om de dader te ontmoeten voor seksuele doeleinden plaatsvindt in de aanwezigheid of de nabijheid van het kind, strafbaar te stellen, bijvoorbeeld in de vorm van een strafbare voorbereiding van een misdrijf, een poging tot het plegen van de in deze richtlijn bedoelde strafbare feiten of een bijzondere vorm van seksueel misbruik. Ongeacht welke juridische oplossing wordt gekozen om het offline benaderen van kinderen voor seksuele doeleinden („offline grooming") strafbaar te stellen, dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de plegers van dergelijke strafbare feiten op enigerlei wijze worden vervolgd.'[440]

Een kwestie die met grooming in verband kan worden gebracht, is de hier te lande zeer beperkte strafbaarheid van het voeren van seksueel getinte gesprekken met kinderen, zoals besproken in paragraaf 2.4.4.6.[441] Er zit mogelijk spanning tussen die relatieve straffeloosheid en de oproep van de Europese Unie.[442] Hoe groot die spanning is, is moeilijk in te schatten. Zeker wanneer in ogenschouw wordt genomen dat betrekkelijk kort voor de totstandkoming van Richtlijn 2011/93/EU bij het Verdrag van Lanzarote nog werd overwogen dat 'simply sexual chatting with a child' onvoldoende is voor het creëren van strafrechtelijke aansprakelijkheid, ook al zou dat chatten onderdeel uitmaken van het voorbereiden van misbruik (zie het eerdere citaat).

Voor de strafbaarheid van het digitaal voeren van seksueel getinte gesprekken met kinderen is de reikwijdte van art. 248e Sr mede bepalend. Die reikwijdte wordt hieronder besproken, eerst aan de hand van de centrale delictsgedraging en daarna aan de hand van de vraag in hoeverre ook een *poging* tot het plegen van art. 248e Sr strafbaar is. Ten slotte wordt kort stilgestaan bij de zogenoemde lokpuber-problematiek.

De delictsgedraging: een ontmoeting voorstellen en een uitvoeringshandeling ondernemen

De delictsgedraging in art. 248e Sr bestaat uit twee componenten: het voorstellen van een ontmoeting en het daarna ondernemen van een handeling ter verwezenlijking van die ontmoeting.

Zoals hiervoor al bleek, gaf het *explanatory report* bij het Verdrag van Lanzarote als voorbeeld van de concrete uitvoeringshandeling: het aankomen op de plaats van de ontmoeting. Dat verbaast enigszins, omdat die handeling

---

440 Idem, overweging 159.

441 Zie p. 140 e.v.

442 Het betreft hier weliswaar geen harde verplichting, maar dat maakt een discrepantie tussen de stand van ons recht en de oproep van de EU niet minder interessant.

wel erg dichtbij het feitelijk misbruik ligt. In ieder geval blijkt uit de implementatiegeschiedenis dat onze wetgever naast 'het zich begeven naar de voor de ontmoeting afgesproken plek', ook ruimere voorbeelden heeft genoemd, zoals 'het voorzien van het slachtoffer van een routebeschrijving naar die plek, of het kopen van treinkaartjes of toegangsbewijzen die verband houden met de voorgenomen ontmoeting'.[443] Deze gedragingen liggen minder dicht tegen de daadwerkelijke ontmoeting aan dan 'het zich begeven naar de afgesproken plek'. Algemeen sprak de wetgever van het treffen van 'concrete voorbereidingen'.[444]

Inmiddels heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen waarin hij zich uitliet over de vereiste uitvoeringshandeling. In 2013 werd voldoende geacht dat de verdachte met de jeugdige concrete afspraken had gemaakt om elkaar op een van twee genoemde dagen te ontmoeten, dat hij voor haar een reisschema had opgesteld en dat hij haar had geïnstrueerd op welke wijze zij naar hem moest reizen.[445] Dit correspondeert met de voorbeelden uit de wetsgeschiedenis. Moeilijker zijn echter de gevallen waarin bepaalde handelingen kunnen worden geduid als 'slechts' onderdeel van 'het voorstellen van een ontmoeting' (de communicatiefase) maar ook als onderdeel van 'het verwezenlijken van die ontmoeting' (de uitvoeringsfase).[446] Een dergelijk geval speelde in 2014 bij de Hoge Raad en zijn beslissing lijkt een ruime opvatting van de uitvoeringsfase te behelzen:

> '2.5. Voor strafbaarheid van 'grooming' is naast de in art. 248e Sr genoemde overige vereisten onder meer vereist dat de verdachte "een ontmoeting voorstelt", alsmede dat hij "enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting". Alleen om deze vereisten gaat het in cassatie.
>
> 2.6. Het Hof heeft zijn oordeel dat is voldaan aan deze vereisten gebaseerd op onder meer de volgende vaststellingen:
>
> (i) de verdachte heeft bij herhaling bij het slachtoffer aangedrongen op een ontmoeting en daartoe voorgesteld elkaar te ontmoeten in het bos, in het winkelcentrum en bij haar thuis, waarbij hij een concrete middag, avond dan wel een tijdstip heeft genoemd;
>
> (ii) de verdachte heeft er bij het slachtoffer herhaaldelijk op aangedrongen dat de ontmoetingen snel zouden plaatsvinden en hij heeft haar onder druk gezet; en
>
> (iii) de verdachte heeft het slachtoffer in het kader van het concretiseren van een afspraak zijn telefoonnummer gegeven.
>
> 2.7. Het Hof heeft geoordeeld dat de onder (ii) en (iii) bedoelde handelingen waren gericht op het verwezenlijken van de voorgestelde ontmoeting zoals bedoeld onder (i). Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.'[447]

Uit dit oordeel kunnen twee dingen blijken. Ten eerste wordt bevestigd dat 'het voorstellen van een ontmoeting' niet vereist dat sprake is van aanbod en aanvaarding, en zelfs niet dat het eenzijdige voorstel één bepaald tijdstip be-

---

443 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 810, nr. 7, p. 9.
444 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 810, nr. 3, p. 7.
445 HR 14 mei 2013, *NJ* 2013/296.
446 Vgl. de conclusie van A-G Spronken voor HR 11 november 2014, *NJ* 2015/73, m.nt. Keijzer.
447 HR 11 november 2014, *NJ* 2015/73, m.nt. Keijzer.

treft.[448] Uit deze beperkte reikwijdte van de communicatiefase volgt, ten tweede, dat veel eerder sprake is van de uitvoeringsfase dan menigeen zal hebben verwacht. Het op uiteenlopende wijze persisteren in het voorstellen van een concrete ontmoeting lijkt in zijn algemeenheid beide componenten van de delictsgedraging te vervullen.

Poging tot grooming?

Denkbaar is dat zich situaties voordoen waarin twijfel bestaat over het bestaan van een handeling ter verwezenlijking van de ontmoeting, maar dat alle andere bestanddelen van art. 248e Sr vervuld worden geacht. De casus waarover de Hoge Raad zich in 2014 boog, illustreert dat. Deze situaties roepen de vraag op of het groomingsdelict ook in onvoltooide vorm kan worden begaan. Bestaat *poging* tot grooming in strafrechtelijke zin (art. 45 jo. 248e Sr)?

Vanzelfsprekend is dit niet. De gedraging zoals omschreven in art. 248e Sr is volgens de wetgever 'in feite' een voorbereidingshandeling; een bijzondere vorm van het voorbereiden van een ander zedendelict.[449] Met betrekking tot de commune vorm van strafbare voorbereiding zoals neergelegd in art. 46 Sr, wordt aangenomen dat deze niet in de vorm van een poging kan worden begaan.[450] Dat lijkt een sterk argument voor het afwijzen van grooming in pogingvorm, omdat daarbij materieel gezien sprake is van poging tot voorbereiding.

Een bijkomend argument kan worden gevonden in de wetsgeschiedenis van art. 248e Sr zelf. In het implementatietraject heeft de wetgever benadrukt dat de uitvoeringshandeling – de finaliserende handeling van grooming – van wezenlijk belang is voor zowel de handhaving als de strafwaardigheid van het handelen:

> 'De strafbaarstelling in het Verdrag vereist wel dat het gedrag van de dader zich concretiseert tot een voorstel voor een ontmoeting met het kind gevolgd door 'material acts leading to a meeting'. Er is voor strafbaarheid derhalve meer nodig dan het uitsluitend op internet communiceren met een kind en het daarbij maken van seksuele toespelingen. Een zodanige verschuiving van de strafbaarheid naar de voorfase zou te ver voeren en is bovendien niet goed handhaafbaar. Voor de strafwaardigheid is het wezenlijk dat de communicatiefase uitmondt in een voorstel voor een ontmoeting en het verrichten van een handeling gericht op het realiseren van die ontmoeting. Deze gedragingen onderstrepen de vastheid van het voornemen van de dader om zijn digitaal misbruik daadwerkelijk om te zetten in het plegen van fysiek misbruik. Vanuit het oogpunt van een effectieve bescherming van kinderen is het zaak dat tegen deze gedragingen strafrechtelijk kan worden opgetreden.'[451]

---

448 De wettekst biedt op zichzelf handvatten voor een strenger oordeel, omdat het bij de uitvoeringshandeling gaat om het verwezenlijken van 'die' ontmoeting.

449 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 810, nr. 3, p. 9 en nr. 7, p. 8.

450 Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 22 268 nr. 3, p. 13 en voorts De Hullu 2012, p. 393-394 met verwijzingen.

451 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 810, nr. 3, p. 6-7. Vgl. voorts *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 810, nr. 7, p. 4.

Al met al heeft de opvatting dat poging tot grooming is uitgesloten dus een stevige ondergrond. Uit de feitenrechtspraak blijkt dat op grond van deze argumenten inmiddels bij vier zaken tot ontslag van rechtsvervolging is gekomen. De bestaanbaarheid van poging tot grooming wordt daarin dus afgewezen.[452]

Maar er is ook een andere kant. In de feitenrechtspraak komt tevens de erkenning van poging tot grooming voor[453] en hoewel de rechter daarvoor geen specifieke argumenten aandroeg, zijn die er wel degelijk.

De kern is gelegen in de omstandigheid dat het strafbaar stellen van de poging zelfs onomwonden wordt verplicht door het Verdrag van Lanzarote. Dat blijkt uit art. 23 (grooming) in samenhang met art. 24 VvL:[454]

> Artikel 23. Benaderen van kinderen voor seksuele doeleinden
> (…)
> Artikel 24. Medeplichtigheid of uitlokking en poging
> 1. (…)
> 2. Elke Partij neemt de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om een poging tot het plegen van een van de overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten, indien zulks opzettelijk geschiedt, strafbaar te stellen.
> 3. Elke Partij kan zich het recht voorbehouden het tweede lid gedeeltelijk of in het geheel niet toe te passen op de overeenkomstig artikel (…) 23 strafbaar gestelde feiten.

Voor de verplichting in het tweede lid van art. 24 VvL wordt in het derde lid nog een *opt-out* mogelijkheid geboden, maar daarvan heeft Nederland geen gebruikgemaakt (een achttal verdragsstaten wel).[455] Voorts is bij de nationale behandeling van art. 24 VvL in de memorie van toelichting uitdrukkelijk verwezen naar onder meer art. 45 Sr:

> *'Artikel 24 (Medeplichtigheid of uitlokking en poging)*
> Poging tot het plegen van misdrijven, medeplichtigheid daaraan en het uitlokken van een strafbaar feit zijn strafbaar in Nederland (artikelen 45, 46 en 48 Sr).'[456]

Naast de duidelijke verdragsverplichting bestaat dus ook een erkenning daarvan door de wetgever, onder verwijzing naar de bepalingen die daaraan uitvoering geven.[457] Daarin zou, ten eerste, een duidelijk aanknopingspunt kun-

---

452 Rb. Amsterdam 2 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4000; Rb. Amsterdam 12 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4227; Rb. Oost-Brabant 9 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:7494; Rb. Oost-Brabant 24 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4757.

453 Rb. 's-Hertogenbosch 28 november 2011, parketnr. 01/821120-11 (niet gepubliceerd); Rb Oost-Brabant 13 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2959.

454 Richtlijn 2011/93/EU bevat een dergelijke verplichting niet.

455 Het gaat om België, Frankrijk, Luxemburg, Monaco, Rusland, Slovenië, Zweden en Zwitserland. Zie de informatie op «coe.int» met betrekking tot de voorbehouden en verklaringen bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201).

456 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 3, p. 13.

457 Bevestiging van deze visie kan worden gevonden in twee andere bronnen. De eerste betreft de opmerkingen van Nederlandse wetgevingsambtenaren die in 2014 tijdens een zitting

nen worden gevonden om op grond van wetshistorische interpretatie de combinatie van art. 45 Sr en art. 248e Sr mogelijk te achten. Het eerdere citaat uit de wetsgeschiedenis over de strafwaardigheid[458] kan dan zo worden begrepen dat de wetgever hierbij louter doelde op de strekking van het gronddelict. Ten tweede kan worden bepleit dat, op grond van de duidelijke verdragsverplichting en het feit dat een 'poging tot grooming' in de wet noch in de wetsgeschiedenis onomwonden wordt uitgesloten, de rechter hier zelfs tot de erkenning van 'poging tot grooming' is verplicht. De rechter dient het Nederlandse recht immers zoveel mogelijk zo uit te leggen en toe te passen dat de staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet.[459] Aldus lijkt de opvatting dat een combinatie tussen art. 45 en 248e Sr mogelijk is, zelfs een steviger ondergrond te hebben dan de tegenovergestelde opvatting.

Er is, ten slotte, nog een derde opvatting denkbaar over de status van poging tot grooming. Deze is wat complexer.

Zij heeft ook tot uitgangspunt dat het Verdrag van Lanzarote verplicht tot het strafbaar stellen van de poging, dat de wetgever zich hieraan heeft gecommitteerd en dat de rechter onder de gegeven omstandigheden de plicht heeft om de wet zo uit te leggen dat aan de verdragsverplichtingen wordt voldaan. Het verschil met de zojuist besproken opvatting is dat niet het nationale leerstuk van de poging (art. 45 Sr) centraal staat, maar de materiële inhoud van art. 23 jo. 24 VvL. Die materiële inhoud is dat het nationale strafrecht ook betrekking moet hebben op het voorstadium van het gedrag om-

---

van de Belgische senaat werden bevraagd over de Nederlandse strafbaarstelling van grooming. Zij beaamden desgevraagd dat poging tot grooming in Nederland strafbaar is (zie *Parl. St. Senaat* 2013-14, nr. 5-1823/4). Voorts lijkt deze strafbaarheid te worden bevestigd in een EU-evaluatie van Nederland inzake cybercrime. In die evaluatie is bij de eigen (Nederlandse) rapportage over de betrokken strafbaarstellingen een kopje 'Aanzetten, medeplichtigheid en poging' opgenomen. Bij de meeste strafbaarstellingen is bij dat kopje ingevuld: 'zie algemene regels', zo ook bij de informatie over art. 248e Sr. Hoewel nergens in het rapport duidelijk wordt wat precies onder 'algemene regels' moet worden verstaan, ligt in de rede dat hierbij wordt gedoeld op art. 45 e.v. Sr. Zie *Evaluatierapport van de zevende wederzijdse evaluatie "De praktische uitvoering en toepassing van het Europese beleid inzake preventie en bestrijding van cybercriminaliteit" - Rapport over Nederland*, opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 28 684, nr. 446.

458 Zie p. 183.

459 HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371 (Grenstractaat Aken) en HR 16 november 1990, *NJ* 1992/107. Zie over de verdragsconforme interpretatie en de plicht daartoe voor de rechter: Fleuren 2004, p. 372-377; Fleuren 2005, p. 85-86; Corstens, *NtEr* 2006/0102, p. 28; Uzman 2013, p. 55-56. Dat voor het aannemen van 'poging tot grooming' geen duidelijk beletsel bestaat in formele wetgeving of in de wetsgeschiedenis wordt hier relevant geacht, omdat door die constatering kan worden voorbijgegaan aan art. 94 Gw en dus aan de vraag of de betreffende verdragsbepalingen 'een ieder verbindend' zijn in de zin van dat artikel (vgl. Fleuren 2004, p. 374-377 en Besselink & Wessel 2009, p. 57). Hoewel de Hoge Raad zich in HR 14 mei 2013, *NJ* 2013/296 in algemene bewoordingen uitliet over de beperkte bevoegdheden van de rechter om het nationale strafrecht te *toetsen* aan het Verdrag van Lanzarote, zien wij in dit arrest geen aanleiding voor de conclusie dat de plicht tot verdragsconforme interpretatie onder de onderhavige omstandigheden uitzondering lijdt. Dat neemt overigens niet weg dat het resultaat van die verdragsconforme interpretatie ook anders kan zijn, zoals hierboven zal blijken.

schreven art. 23 VvL. Verondersteld zou kunnen worden dat de verdragsstaten vrij zijn in de wijze waarop voor dat voorstadium strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gecreëerd.[460]

Vervolgens kan worden gekeken naar de verschillen tussen de concretiseringen van de uitvoeringshandeling zoals die blijken uit het *explanatory report* van het Verdrag van Lanzarote, uit de nationale wetsgeschiedenis en uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Het *explanatory report* gaf als enige voorbeeld: aankomen op de plaats van de afspraak. Weliswaar is dit slechts een voorbeeld, maar wel een die de indruk wekt dat art. 23 VvL enkel betrekking heeft op zeer concrete gevaarzetting; op concretiserende handelingen dichtbij het tijdstip van de afspraak.[461] Van het voorbeeld van onze wetgever – het slachtoffer voorzien van een routebeschrijving naar de plek van de afspraak – kan worden gezegd dat dit ook bij het *explanatory report* zou passen wanneer het opsturen van die routebeschrijving kort voorafgaat aan de afspraak zelf, maar niet wanneer dat een paar weken eerder plaatsvindt. Voor onze wetgever lijkt dat temporele aspect echter niet uit te maken, waardoor, zo kan de redenering zijn, Nederland al verder is gegaan dan waartoe art. 23 VvL verplicht. Hiertegen afgezet is de Hoge Raad nog een stap verder gegaan: persisteren in het voorstellen van een afspraak – ogenschijnlijk: ongeacht wanneer die zal plaatsvinden – kan de bestanddelen van art. 248e Sr vervullen.

De voorgaande uitgangspunten maken dus verdedigbaar dat het nationale strafrecht door de ruime uitleg van de Hoge Raad reeds in overeenstemming is met de materiële verplichtingen in art. 23 jo. 24 VvL. Of voorzichtiger gezegd: door die uitgangspunten is veel moeilijker hard te maken dat ons strafrecht met die verplichtingen in strijd zou komen bij het afwijzen van de toepassing van art. 45 Sr in deze context.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de status van art. 45 Sr bij de toepassing van art. 248e Sr, maar art. 248e Sr ondertussen wel ruim uitgelegd. Die ruime uitleg heeft in beginsel ook zijn weerslag op de reikwijdte van de poging, waarmee de onzekerheid over de status van art. 45 Sr indringender is geworden. Van een poging tot grooming lijkt reeds sprake te kunnen zijn bij het voorstellen van of zelfs het zinspelen op een ontmoeting.[462] Of die poging naar huidig recht strafbaar is, is echter ongewis.

De jeugdige en de lokpuber

Het komt voor dat iemand op het internet seksueel getinte gesprekken denkt te voeren met een kind, maar in werkelijkheid met een opsporingsambtenaar

---

460 Zie over de vrijheid van een verdragsstaat met betrekking tot de wijze van nakoming: Uzman 2013, p. 23-24.

461 Steun hiervoor zou kunnen worden gevonden in de Engelstalige frase uit art. 23 VvL: 'material acts *leading to* such a meeting'.

462 Het ontuchtig oogmerk kan daarbij blijken uit de inhoud van de gesprekken; vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 6.

communiceert (een zogeheten 'lokpuber'). In dat geval kan van overtreding van art. 248e Sr nooit sprake zijn, ook niet wanneer een seksafspraak is gemaakt en naar de plek van die afspraak wordt afgereisd. Dat komt doordat degene aan wie een voorstel tot een ontmoeting wordt gedaan daadwerkelijk jonger dient te zijn dan zestien jaar. Dit werd bij de goedkeuring en implementatie van het Verdrag van Lanzarote door de minister uitdrukkelijk overwogen en is in het verdere wetgevingstraject niet meer in twijfel getrokken:

> 'Het voorgestelde artikel 248e van het Wetboek van Strafrecht gaat uit van een objectieve leeftijd die wij op zestien zetten. Als iemand objectief achttien was, maar de verdachte subjectief dacht dat het om een minderjarige ging, is van strafbaarheid geen sprake. Daartoe lijkt mij ook geen aanleiding, omdat de bescherming van minderjarigen het uitgangspunt van het verdrag is. Ook is dat het uitgangspunt van de op minderjarigen betrekking hebbende bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht. Tevens zou het strafbaar stellen hiervan tot bewijsproblemen leiden. De verdachte zal beweren dat hij niet dacht dat het slachtoffer minderjarig was en zich erop beroepen dat dit ook is gebleken.'[463]

In een latere zaak met betrekking tot art. 248e Sr waarin de verdachte alleen contact had gehad met een opsporingsambtenaar, oordeelde de rechter zowel in eerste lijn als in hoger beroep overeenkomstig de zienswijze van de minister, met een beroep op dit deel van de wetsgeschiedenis.[464]

Omdat het ontbreken van de beschreven opsporingsmogelijkheid thans toch als een gemis wordt ervaren, is de wetgever voornemens art. 248e Sr in zodanige zin te wijzigen dat daardoor ook het geval wordt geraakt dat alleen met een opsporingsambtenaar wordt gecommuniceerd.[465] Kennelijk bestaat dus ook een andere verwachting met betrekking tot de bewijsproblemen waarover de minister eerder sprak (zie het slot van het citaat).[466]

2.4.5 Uitlokken van ontucht met een derde

2.4.5.1 Inleiding

Bij de algemene bespreking van de structuur van de zedentitel in paragraaf 2.2.2 kwam al naar voren dat meerdere zedendelicten bestaan die zich geheel of gedeeltelijk richten op het uitlokken van ontucht met een derde. In het onderstaande wordt deze reeks delicten afzonderlijk belicht. Het uitdiepen van de details wordt hierbij niet beoogd. De bespreking dient ertoe de hoeveelheid

463 *Kamerstukken* II 2008/09, 31 808, nr. 6, p. 12.

464 Rb. Den Haag, 14 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8188; Hof Den Haag, 25 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2302. Het ging hier om een bezwaarschrift tegen de dagvaarding. Zie voor literatuur over deze zogenoemde lokpuber-problematiek: Smeets, *Strafblad* 2013; Haverkate, *Strafblad* 2013; Ölçer, *Computerrecht* 2014/3; Van der Hof, *Strafblad* 2014.

465 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 28 638, nr. 126, p. 21.

466 Op het moment van schrijven was het nieuwe wetsvoorstel met toelichting nog niet gepubliceerd (Computercriminaliteit III).

van de delicten te benadrukken en een indruk te geven van de onderlinge overlapping of onduidelijke afgrenzing.

2.4.5.2 Zeven vormen

Het geval dat iemand een jeugdige heeft bewogen seksueel contact aan te gaan met een derde, is op ten minste zeven manieren strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht. De eerste zes betreffen het plegen van zelfstandig strafbaar gestelde feiten:

> Artikel 246 Sr
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 247 Sr
> Hij die (...) iemand beneden de leeftijd van zestien jaren (...) tot het plegen of dulden van zodanige [ontuchtige; KL] handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248a Sr
> Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248f Sr
> Hij die door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, het plegen van ontucht door een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 250 Sr
> 1. Wordt gestraft:
>   1°. met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert;
>   2°. met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die, buiten de gevallen genoemd onder 1°, het plegen van ontucht door een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert.
>
> (...)

Artikel 273f Sr

1. Als schuldig aan mensenhandel wordt met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie gestraft:
   (...)
   5°. degene die een ander ertoe brengt zich beschikbaar te stellen tot het verrichten van seksuele handelingen met of voor een derde tegen betaling (...) dan wel ten aanzien van een ander enige handeling onderneemt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die ander zich daardoor beschikbaar stelt tot het verrichten van die handelingen (...), terwijl die ander de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt;

(...)

3. De schuldige wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien:
   (...)
   2°. degene ten aanzien van wie de in het eerste lid omschreven feiten worden gepleegd een persoon is die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt (...);
   (...)

De zevende vorm bestaat uit een algemene deelnemingsvariant, zoals medeplegen en uitlokking (art. 47 Sr). Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat degene die de jeugdige beïnvloedt, zodanig bewust en nauw met de derde samenwerkt dat beiden als medeplegers van het betreffende zedendelict kunnen worden gestraft. Afhankelijk van de omstandigheden zou het bijvoorbeeld kunnen gaan om het medeplegen van art. 242 Sr (verkrachting), het medeplegen van art. 245 Sr (ontuchtig binnendringen bij iemand tussen de twaalf en zestien jaar) of het medeplegen van art. 247 Sr (hier: ontucht plegen met iemand jonger dan zestien jaar). Heeft de verdachte niet alleen de jeugdige bewogen tot de ontucht met de derde, maar de derde ook bewogen tot ontucht met de jeugdige, dan zou sprake kunnen zijn van strafbare uitlokking tot het plegen van een zedendelict.

Wij zullen deze algemene vormen verder laten rusten en de zelfstandige strafbaarstellingen bespreken, maar het is van belang op te merken dat ook deze varianten door de wet worden geboden.

Koppelarij, strafbaar gesteld in art. 250 Sr, bestaat al sinds de introductie van het Wetboek van Strafrecht in 1886. Dezelfde geldt voor het verleidingsdelict dat verstopt zit in het slot van art. 247 Sr.[467] Beide delicten richten zich uitdrukkelijk op het uitlokken van ontucht met een derde.

Een vergelijking tussen deze delicten kan in dit verband al vragen oproepen. Het verleiden van een kind tot het plegen van ontuchtige handelingen met een derde, wordt in art. 247 Sr bedreigd met maximaal *zes* jaren gevangenisstraf. Waarom zou het ‘teweegbrengen of bevorderen’ van die ontucht met een derde door iemand die juist in een bijzondere betrekking staat tot het kind (art. 250 lid 1 onder a Sr; maximaal *vier* jaren gevangenisstraf) minder ernstig worden geacht? De maximumstraf op het ‘teweegbrengen of bevorderen’ van een jeugdige tot ontucht met een derde door wie dan ook (art. 250 lid 1 onder b Sr; maximaal *drie* jaren gevangenisstraf) is zelfs de helft van die

[467] Enkele tussentijdse inhoudelijke wijzigingen worden hier buiten beschouwing gelaten.

voor het 'verleiden' van een kind tot die ontucht (art. 247 Sr; maximaal zes jaren gevangenisstraf). Deze verschillen verbazen des te meer wanneer hierbij wordt betrokken dat bij de lichtere delicten (art. 250 Sr) wel opzet of culpa ten aanzien van de leeftijd moet vaststaan, maar bij het zwaardere delict (art. 247 Sr) niet.[468]

Het voorgaande kan wellicht gedeeltelijk worden verklaard door de volgende omstandigheden. Ten eerste richt art. 250 Sr zich ook op de uitlokking van zestien- en zeventienjarigen, terwijl art. 247 Sr is beperkt tot de uitlokking van iemand jonger dan zestien jaar. Het uitlokken van personen die de leeftijd van seksuele meerderjarigheid hebben bereikt (zestien- en zeventienjarigen) zou minder ernstig kunnen worden geacht. Dit neemt evenwel niet de verschillen weg tussen art. 247 en 250 Sr ten aanzien van seksueel minderjarigen. Ten tweede zou een verklaring gelegen kunnen zijn in de delictsgedraging 'bevorderen' in art. 250 Sr. Het ter beschikking stellen van een kamer voor de ontucht is nog niet het 'teweegbrengen' van die ontucht (art. 250 Sr) of het 'verleiden' van de jeugdige (art. 247 Sr), maar wel het 'bevorderen' van de ontucht (art. 250 Sr). Van 'bevorderen' zou zelfs sprake kunnen zijn zonder dat het daadwerkelijk tot de ontucht met de derde is gekomen.[469] Beredeneerd zou kunnen worden dat het incorporeren van deze minder ernstige gedraging moet drukken op het strafmaximum van het geheel (art. 250 Sr). Maar ook deze verklaring tast het bestaan van de opvallende verschillen niet aan, in het bijzonder die tussen het 'teweegbrengen' in art. 250 Sr en het 'verleiden' in art. 247 Sr. Voor zover het 'teweegbrengen' plaatsvindt met verlokkende middelen, lijkt tussen 'teweegbrengen' en 'verleiden' weinig verschil te bestaan. Voor zover wordt 'teweeggebracht' met pressiemiddelen, is het 'lichtere' delict in art. 250 Sr evident ernstiger dan het 'zwaardere' in art. 247 Sr.

Ook aanranding (art. 246 Sr) past in de reeks delicten die op enigerlei wijze het uitlokken van ontucht met een derde raken, omdat gaandeweg uit de jurisprudentie is gebleken dat het dwingen van iemand seksueel contact aan te gaan met een derde, onder de reikwijdte van art. 246 Sr te brengen is.[470] Het plegen van verkrachting (art. 242 Sr) is hier echter uitgesloten, ook al bestaan de handelingen uit een seksueel binnendringen. Voor verkrachting in strafrechtelijke zin is volgens de Hoge Raad vereist dat de degene die de dwang uitoefent ook degene is die de binnendringende handeling verricht.[471]

---

468 Zie over de achtergrond van deze schuldverbanden paragraaf 2.4.3.3.

469 Aldus Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 6 bij art. 250 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 1 februari 2005).

470 Dit kan worden afgeleid uit o.m. HR 11 oktober 2005, *NJ* 2006/614 (Pollepel), HR 20 januari 1998, *NJ* 1998/337 (Bestialiteit) en HR 22 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1317 (Kraggenburg). De twee eerstgenoemde arresten zijn nader besproken op p. 59 e.v. respectievelijk p. 63.

471 Dit blijkt uit HR 11 oktober 2005, *NJ* 2006/614 (Pollepel; zie daarover p. 59 e.v.). Onder omstandigheden zou wel sprake kunnen zijn van het medeplegen van verkrachting (zie hierover tevens voetnoot 87).

Vergelijkbaar met art. 246 Sr maar in zijn redactie toch aanmerkelijk verschillend, is art. 248f Sr. Met deze bepaling beoogde de wetgever te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit art. 3 lid 6 van Richtlijn 2011/93/EU:

> 'Een kind middels dwang, geweld of bedreigingen aanzetten tot seksuele handelingen met een derde wordt gestraft met een maximumgevangenisstraf van ten minste tien jaar indien het kind nog niet seksueel meerderjarig is en van ten minste vijf jaar indien het kind seksueel meerderjarig is.'

Art. 248f Sr heeft een maximumstraf van tien jaar en beschermt alle minderjarigen. Met betrekking tot de seksueel meerderjarige jeugdigen (zestien en zeventien jaar) is de wetgever dus aanzienlijk verder gegaan dan waartoe de richtlijn verplicht. Voorts valt op dat de wetgever er niet voor heeft gekozen bij een al bestaande bepaling aan te knopen (art. 246, 247, 248a of 250 Sr), maar een nieuwe bepaling heeft ontworpen, zonder in te gaan op de verhouding tot de reeds bestaande bepalingen.

Inhoudelijk springt in het oog dat ook een betrekkelijk lichte delictsvariant in art. 248f Sr is gekoppeld aan de hoge maximumstraf. Gedoeld wordt op de volgende:

> 'Hij die door (...) een andere feitelijkheid (...) het plegen van ontucht door een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.'

Het gaat hier kort gezegd om het teweegbrengen of bevorderen van ontucht met een derde door een feitelijkheid. Essentieel voor de reikwijdte hiervan is vanzelfsprekend de invulling van het bestanddeel 'feitelijkheid'. Aan die invulling wordt in paragraaf 2.7.3 nadere aandacht besteed in het kader van de bespreking van art. 242 Sr (verkrachting) en art. 246 Sr (aanranding). Uit die bespreking zal blijken dat de inhoud van de 'feitelijkheid' niet duidelijk is en op verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd. Een van die interpretaties is dat de 'feitelijkheid' vrij betekenisloos is (vrijwel synoniem aan 'daad') en dat dit ook zo moet zijn, omdat anders bepaalde vormen van afgedwongen seks buiten het bereik van de strafwet vallen. Dat de 'feitelijkheid' ook geschikt moet zijn om iemand te dwingen, is een eigenschap die dat bestanddeel niet uit zichzelf heeft, maar die volgt uit de combinatie 'door een feitelijkheid dwingen' in art. 242 en 246 Sr. In art. 248f Sr is de combinatie echter 'door een feitelijkheid teweegbrengen of bevorderen' en hoeft de feitelijkheid, vanuit het nu gehanteerde perspectief, dus alleen geschikt te zijn om teweeg te brengen of te bevorderen. Dan bestaat echter geen verschil meer tussen deze delictsvariant in art. 248f Sr (tien jaren), en die in art. 250 lid 1 onder a en b Sr (vier respectievelijk drie jaren).

Allicht zal de wetgever een dergelijk ruime invulling niet hebben beoogd, gelet op de maximumstraf in art. 248f Sr en op de bewoordingen van art. 3 lid 6 van Richtlijn 2011/93/EU. Dit neemt de voorgaande initiële gedachte echter niet weg, en laat voorts onverlet dat ook de strengere invullingen van de feite-

lijkheid in het kader van art. 242 en 246 Sr (zoals 'vijandige daad' of het uitoefenen van psychische druk) de reikwijdte van art. 248f Sr nog steeds ruim maken. Dit is vooral het geval bij het 'bevorderen', waarvan moeilijk is voor te stellen dat daaraan, op zichzelf, een beperktere uitleg moet worden gegeven dan bij art. 250 Sr. Ook dit lijkt te bevestigen dat de beïnvloedingsmiddelen in art. 248f Sr zelf geen dwingende kracht hoeven te hebben, omdat voor 'bevorderen' niet nodig is dat de jeugdige door het middel is bewogen tot de ontucht. Aanvullende bevestiging kan worden gevonden in het feit dat 'dwang' in art. 248f Sr als zelfstandig beïnvloedingsmiddel is opgenomen.[472]

Ook de relatie tussen art. 248f Sr en art. 248a Sr is onduidelijk. Zelfs bij de hiervoor genoemde strengere invullingen van de 'feitelijkheid' dringt zich namelijk de vraag op wat het verschil is tussen 'door een feitelijkheid teweegbrengen of bevorderen' in art. 248f Sr en de delictsgedraging in art. 248a Sr, dat slechts een maximumstraf van vier jaren kent (kort gezegd: een jeugdige door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding opzettelijk bewegen ontuchtige handelingen te plegen).[473] Met name het misbruik van overwicht in art. 248a Sr lijkt tevens een typische feitelijkheid te kunnen zijn in de zin van art. 248f Sr.

De voorgaande vraagstukken gaan ervan uit dat de betekenis van de 'feitelijkheid' in art. 248f Sr in beginsel gelijk is aan de betekenis van dat bestanddeel in art. 242 en 246 Sr, maar tegelijk op eigen wijze wordt beïnvloed door de van art. 242 en 246 Sr afwijkende bestanddelen ('teweegbrengen of bevorderen' in plaats van 'dwingen'). Tegen deze achtergrond zouden de vraagstukken eventueel kunnen worden opgelost door de 'feitelijkheid' in art. 248f Sr een beperktere invulling te geven, door de eigenschap die het bestanddeel in art. 242 en 246 Sr contextueel gezien heeft – namelijk dat zij geschikt is om te dwingen – ook in art. 248f Sr in te lezen. Dat heeft evenwel ook vreemde effecten. Zo zou de 'feitelijkheid' een zwaarder middel worden dan 'geweld' en de 'bedreiging', omdat voor het teweegbrengen of bevorderen door geweld of bedreiging, naar wij aannemen, niet nodig is dat het slachtoffer is gedwongen. Er zit immers licht tussen slechts *beïnvloed* worden door geweld of een bedreiging en *gedwongen* worden door die middelen. Voorts zouden, wanneer voor de 'feitelijkheid' in art. 248f Sr een dwingende kracht wordt vereist, de bewoordingen van de delictsvariant 'door een feitelijkheid bevorderen' een al te eufemistisch karakter krijgen. Deze effecten laten zien

---

472 De redactie van de beïnvloedingsmiddelen in art. 248f Sr is ook in het algemeen opvallend ('dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid'). De wetgever is dichtbij de tekst van de richtlijn gebleven, maar onder toevoeging van de 'feitelijkheid'. De middelen lijken weliswaar op, maar wijken ook in belangrijke mate af van de middelen in art. 242 Sr (verkrachting) en art. 246 Sr (aanranding). Kennelijk is aansluiting gezocht bij de reeks beïnvloedingsmiddelen in art. 273f Sr (mensenhandel; deze bepaling staat in een andere titel), welke reeks eveneens deels is gegrond op internationale instrumenten.

473 De ontwikkeling van art. 248a Sr tot een delict dat zich ook richt op de uitlokking van ontucht met een derde, is besproken in paragraaf 2.3.5.4.

dat de geconstateerde vraagstukken zich niet door interpretatie op eenvoudige en overzichtelijke wijze laten oplossen.

Ten slotte kan een opmerking worden gemaakt over art. 248f Sr in samenhang met de strafverzwaringsgrond in art. 248 lid 5 en lid 6 Sr (de feiten zijn 'voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld'). Het bezigen van geweld lijkt te kunnen leiden tot de vervulling van het gronddelict (art. 248f Sr; geweld is een van de daarin genoemde middelen) alsook tot de toepassing van de strafverzwaringsgrond. De daaraan verbonden maximumstraf is dertien jaren en vier maanden (10 + 1/3*10). Of het bezigen van geweld als middel tot het feit inderdaad ook 'automatisch' als strafverzwaringsgrond kan worden aangemerkt, wordt in de wetsgeschiedenis echter niet duidelijk. Hierop wordt nader ingegaan in paragraaf 2.8.3, bij de bespreking van de strafverzwaringsgronden.

Al met al kunnen dus veel vraagtekens worden gezet bij de reikwijdte van art. 248f Sr. Op grond van het strafmaximum is het een zeer ernstig feit, zelfs het op art. 242 en 244 Sr na zwaarste zelfstandige zedendelict. Op grond van de kennelijke inhoud omvat het echter tevens gedragingen die elders in de zedentitel met een aanzienlijk lagere straf worden bedreigd. Het gaat hierbij niet alleen om de uiterste grenzen van bepaalde delictsvormen in art. 248f Sr, maar ook om de kern daarvan (door een feitelijkheid teweegbrengen of bevorderen).

Een laatste vergelijking kan worden gemaakt tussen de hierboven opgenomen onderdelen van art. 273f Sr (mensenhandel) en art. 248a Sr. De geciteerde delictsvariant in art. 273f Sr vereist dat de jeugdige ertoe wordt gebracht zich tegen betaling beschikbaar te stellen voor seks met een derde, en wordt bedreigd met een maximumstraf van vijftien jaar. Op grond van art. 248a Sr is onder meer strafbaar de jeugdige door giften of beloften van geld of goed opzettelijk bewegen ontuchtige handelingen te plegen met een derde, terwijl dit wordt bedreigd met een maximumstraf van vier jaar.

Het verschil in strafmaximum is groot, terwijl de door de bepalingen geraakte gedragingen weinig uiteen lijken te lopen. Het spreekt voor zich dat art. 273f Sr probeert te voorkomen dat een jeugdige blijvend in de prostitutie geraakt. Voor het betreffende delict hoeft echter niet een reeks transacties te blijken of een bepaalde bereidheid van de jeugdige met betrekking tot de toekomst.[474] Bovendien wordt ook art. 248a door de wetgever gezien als prostitutie-gerelateerde bepaling.[475] Het contrast tussen strafmaxima en gedragingen in deze context, is dus niet eenvoudig te relativeren.

---

474 'Ertoe brengen' wordt ruim uitgelegd; vgl. HR 20 mei 2014, *NJ* 2014/292. Strikt genomen hoeft de jeugdige niet eens de seksuele handelingen gepleegd te hebben; voldoende is dat deze zich daartoe beschikbaar heeft gesteld (HR 19 september 2006, *NJ* 2006/525 (art. 250a oud Sr)).

475 Vgl. o.m. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 11.

2.4.5.3 Afsluiting

Zoals is gebleken, kan niet worden gesproken van 'de wettelijke regeling' met betrekking tot het uitlokken van ontucht met een derde. Er zijn veel regelingen van toepassing, waarbij de strafplafonds en onderlinge afbakeningen de nodige vragen oproepen. Dat zo veel regelingen van toepassing kunnen zijn, blijkt ook niet direct uit de wettekst; de verschillende vormen zijn verspreid over de zedentitel. De onzichtbaarheid van deze reeks als zodanig, lijkt ook op de volgende wijze treffend te zijn bevestigd in de wetsgeschiedenis.

Op het moment van schrijven loopt het goedkeuringstraject van het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld.[476] Daarin is een aantal materieelrechtelijke verplichtingen opgenomen die eenieder beogen te beschermen, niet alleen meisjes en vrouwen. Niettemin vermeldt de Nederlandse wetgever in de memorie van toelichting, bij het aanwijzen van strafbepalingen die aan de verplichtingen beantwoorden, ook de strafbepalingen die in het bijzonder minderjarigen beschermen. Zo is bij de verplichting te beschermen tegen onvrijwillige gemeenschap, niet alleen gewezen op art. 242 Sr (verkrachting), maar ook op art. 244 en 245 Sr (gemeenschap met jeugdigen). Vreemd genoeg ontbreekt een dergelijke vermelding ten enenmale bij het onderhavige thema. De verdragsverplichting waarop hier wordt gedoeld, behelst het strafbaar stellen van 'het zonder wederzijds goedvinden een ander ertoe bewegen seksuele handelingen te plegen met een derde'.[477] Om te bevestigen dat deze gedraging naar Nederlands strafrecht afdoende is afgedekt, wordt in de memorie van toelichting alleen gewezen op art. 284 Sr (dwang), op het medeplegen van aanranding (artikel 47 jo. artikel 246 Sr) en op art. 273f Sr.[478] Dat het plegen van aanranding niet is genoemd en vooral ook dat art. 247, 248a, 248f en 250 Sr onvermeld zijn gebleven, is tegen de geschetste achtergrond zeer opvallend te noemen.

2.5 Seksuele delicten tegen lichamelijk en geestelijk onmachtigen

2.5.1 Inleiding

In art. 243 en 247 Sr biedt de strafwet bescherming tegen seksueel misbruik van personen die in lichamelijke of geestelijke zin op een bepaalde manier onmachtig zijn. De relevante delen van de bepalingen worden hier nogmaals weergegeven:

> Artikel 243 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige

[476] *Trb.* 2012, 233. Zie voor nadere informatie «coe.int» (CETS nr. 210) en hierna, paragraaf 2.7.4.3.

[477] Art. 36 lid 1 onder c.

[478] Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 038, nr. 3, p. 32.

> ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 247 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden (...) ontuchtige handelingen pleegt (...), wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

De huidige redactie van art. 243 en 247 Sr is veel uitgebreider dan die uit 1886. In het navolgende wordt eerst de ontwikkeling van de delictsomschrijvingen besproken, waarna de huidige strekking nader wordt bekeken.

2.5.2 Ontwikkelingen

Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht was het oorspronkelijk voornemen van de regering om, in het kader van de zedendelicten, 'krankzinnigen', 'bewustelozen' en jeugdigen op gelijke voet te beschermen. Dat kreeg zijn beslag in de volgende ontwerpbepalingen:

> O.R.O. Art. 263
> Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap uitoefent met eene vrouw beneden den leeftijd van veertien jaren of van wie hij weet dat zij krankzinnig is of in een toestand van bewusteloosheid verkeert (...).
>
> O.R.O. Art. 265.
> Hij die met kinderen beneden den leeftijd van veertien jaren of met personen van wie bij weet dat zij krankzinnig zijn of in een toestand van bewusteloosheid verkeeren, ontuchtige handelingen pleegt (...).

Zoals eerder besproken, heeft art. 263 ORO geleid tot art. 243, 244 en 245 Sr en heeft art. 265 ORO geleid tot art. 247 Sr.[479] De splitsing van art. 263 ORO in drieën werd nodig geacht om met betrekking tot de bescherming van de jeugdigen de verhoging van de leeftijdsgrens naar zestien jaar te accommoderen en tegelijkertijd het delict tegen jeugdigen jonger dan twaalf zwaarder te kunnen bestraffen.

Naast de 'bewusteloosheid' werd ook de 'onmacht' opgenomen, om de bescherming van de fysieke onmacht beter uit te drukken.[480] Tijdens algeme-

---

479 Zie p. 92.

480 Zo wordt althans teruggekeken op de omstandigheid dat het advies met deze strekking van dr. Ramaer werd overgenomen (vgl. de analyse van de Hoge Raad in HR 21 juni 1943, *NJ* 1943/559). Ramaer had opgemerkt dat de wetgever met de term 'bewusteloosheid' meer fysieke vormen van onmacht wilde beschermen dan de term 'bewusteloosheid' dekte. Hij stelde daarom voor in de plaats van 'bewusteloosheid' het bestanddeel 'onmacht' op te nemen (Ramaer 1880, p. 80-85). Waarom de 'bewusteloosheid' toch in de bepaling is gelaten, is onduidelijk.

ne discussies over de in het ontwerpwetboek gehanteerde terminologie met betrekking tot psychische aandoeningen, werd voorts duidelijk dat de term 'krankzinnig' te onbestemd werd geacht.[481] Dit leidde ertoe dat de term uit de bovengenoemde voorstellen werd geschrapt. Daarvoor in de plaats werd het woord 'krankzinnigengesticht' toegevoegd aan art. 249 Sr (misbruik van gezag).[482] De zedenwetgeving zoals geïntroduceerd in 1886 bood aldus ruime bescherming aan de fysiek onmachtigen, maar omvatte geen afzonderlijke bescherming van psychisch kwetsbaren die niet waren opgenomen in een gesticht.

Hoewel deze beperkingen na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht als een gemis werden ervaren[483], leidde dat in de jurisprudentie niet tot een ruimere interpretatie van 'onmacht'. De Hoge Raad hield vast aan de evident geachte bedoeling van de wetgever om hieronder alleen de fysieke onmacht te verstaan.[484]

In 1980 vestigde de commissie-Melai de aandacht op deze problematiek. De commissie stelde nieuwe wetgeving voor, maar gaf zich daarbij ook rekenschap van de moeilijkheden die aan de bescherming van de psychisch kwetsbaren waren verbonden:

> '(…) [D]ienen geestelijk zwakbegaafden een bijzondere bescherming tegen sexueel gerichte initiatieven van derden te genieten?
>
> Voor zover het gaat om zo ernstig psychisch gestoorden dat zij niet in staat zijn hun wil te bepalen of weerstand te bieden, is een absoluut verbod tot het verrichten van sexuele handelingen met hen gewenst (…).
>
> (…) Naast (…) personen die door hun psychische toestand in het geheel niet aan het maatschappelijke verkeer kunnen deelnemen, blijft een aanzienlijke groep door hun psychische toestand kwetsbare personen over die, meer of minder actief, aan de

481 Smidt I, p. 371; Smidt II, p. 309. Hieraan ten grondslag lag de gelijkluidende kritiek van Ramaer (Ramaer 1880, p. 75-80).

482 Smidt II, p. 309. Later is deze aparte vermelding van het krankzinnigengesticht weer komen te vervallen, maar dit kan worden geacht te zijn opgevangen door andere begrippen in art. 249 lid 2 Sr, zoals 'ziekenhuis' en 'instelling van weldadigheid'; vgl. 't Hart in zijn noot onder HR 28 februari 1989, *NJ* 1989/658.

483 Zo werd in het nooit tot wet verheven ontwerp-Cort van der Linden uit 1900 al gekozen voor het uitbreiden van art. 243 en 247 Sr tot de bescherming van vrouwen die lijden aan een 'ernstige stoornis' van hun 'geestvermogens'. De bijbehorende memorie van toelichting meldde over het toen geldende art. 243 Sr: 'Afdoende is deze bepaling natuurlijk niet, omdat zij de niet in een gesticht opgenomen krankzinnigen onbeschermd laat tegen het hier bedoelde misdrijf, En inderdaad komt dit wel voor (…). Ter beteugeling en eventueele bestraffing van dit ergerlijk misdrijf wordt aanvulling van het artikel voorgesteld. Daar het begrip "krankzinnig" echter zelfs door deskundigen niet steeds gelijk wordt opgevat, en onder hen meermalen verschil van gevoelen heerscht over de al of niet aanwezigheid van krankzinnigheid, in de medisch-technische beteekenis van het woord, zou het niet aangaan voor de strafbaarheid van een leek te vorderen, dat hij het bestaan van krankzinnigheid wist; als hij bekend was met ernstige stoornis der geestvermogens, behoort de daad reeds strafbaar te zijn.' Zie Ontwerp-Van der Linden 1900, p. 101, 135. Zie voorts De Hullu & Van der Neut 1985, p. 97-99 en de volgende voetnoot.

484 HR 30 augustus 1909, W 8903; HR 21 juni 1943, *NJ* 1943/559; HR 28 februari 1989, *NJ* 1989/658, m.nt. 't Hart. Dat de Hoge Raad niet bereid is geweest voorrang te verlenen aan een doelmatige interpretatie is sterk bekritiseerd. Zie bijvoorbeeld Van Bemmelen/Van Hattum, 1954, p. 466-467 (met verwijzingen naar andere critici), en Rozemond, *NJB* 1997.

> samenleving deelneemt. Het wordt steeds meer algemeen aanvaard en wenselijk geacht dat deze personen zo volwaardig mogelijk in de samenleving blijven functioneren. Dat geldt ook voor de beleving van hun sexualiteit.
>
> Het is dan ook principieel ongewenst hen ten aanzien van dat aspect van hun persoonlijkheid volstrekt "onaanraakbaar" te maken door een zwaar gesanctioneerd absoluut geldend verbod. Dat geeft weliswaar in theorie de maximale bescherming, maar levert als keerzijde een wezenlijke accentuering van hun maatschappelijke handicap op.
>
> Evenals ten aanzien van jeugdigen het geval is, moet hier worden teruggegrepen op het uitgangspunt, dat naarmate de kwetsbaarheid van personen in het maatschappelijk verkeer groter wordt, van de rechtsgenoten meer zorgvuldigheid mag worden geëist. Dat zou ertoe kunnen leiden dat de algemene regel die volwassenen tot terughoudendheid gebiedt bij het aangaan van sexuele relaties met jeugdigen, wordt uitgebreid tot zwakzinnigen die zestien jaar of ouder zijn.
>
> (...)
>
> De commissie is er zich van bewust dat de invoering van een strafbepaling tegen de sexuele benadering van zwakzinnigen de met de opsporing en vervolging belaste instanties voor niet te onderschatten waarderingsproblemen kan stellen en, voorts, grote zorgvuldigheid vergt bij de bejegening van de bij een dergelijk feit betrokkenen. Zo ergens de hantering van de strafwet wel het laatste middel is, geldt dat hier.
>
> De belangen bij een strafvervolging, voortvloeiend uit de ernst van het feit, zullen aantoonbaar moeten zijn.' [485]

De wetgever nam deze denkbeelden in grote lijnen over.[486] Zij werden verwerkt in art. 243 en 247 Sr, waarin ook bescherming zou worden geboden aan iemand van wie de dader weet dat hij 'aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden'. Door deze uitbreiding kon het beperkt opgevatte bestanddeel 'onmacht' worden behouden. Wel werd het raadzaam geacht de beperking in de nieuwe delictsomschrijving te accentueren door het bestanddeel te veranderen in 'lichamelijke onmacht'.[487] De nieuwe delictsomschrijvingen traden op 1 december 1991 in werking.[488]

Bij de Partiële herziening zedelijkheidswetgeving in 2002 heeft de wetgever de bescherming in art. 243 en 247 Sr uitgebreid tot personen 'in staat van verminderd bewustzijn'. Daarover werd het volgende overwogen:

> 'Bij de invulling van dit begrip kan men denken aan een situatie van sluimering die aan een diepe slaap voorafgaat of daarop volgt. Men kan ook denken aan situaties waarin de persoon zich bevindt in een roes als gevolg van het innemen van alcohol of drugs. Het gaat niet om de situatie dat iemand geheel weg is. Het gaat om situaties tussen waakzaamheid en geheel van de wereld zijn in, waarbij van de persoon in redelijkheid niet kan worden verwacht dat hij weerstand biedt aan seksuele verlangens van een an-

485 Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980, p. 32-33.

486 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 6-7. Het voorstel van de commissie was geïntegreerd in een nieuwe opbouw van de zedendelicten die door de wetgever niet werd gevolgd. Zie voor kritiek op de manier waarop de commissie de bescherming van psychisch onmachtigen wettelijk wilde vastleggen: De Hullu & Van der Neut 1985, p. 101-106.

487 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 7.

488 Stb. 1991, 519.

> der. De toestand van verminderd bewustzijn zal in de rechtspraktijk en jurisprudentie nadere uitwerking moeten krijgen.'[489]
>
> 'De in de artikelen 243 en 247 Sr. voorgestelde verruiming beoogt een lacune in de zedelijkheidswetgeving op te vullen. Deze wijziging stelt strafbaar seksueel misbruik van een persoon die zich bevindt in een toestand tussen waakzaamheid en bewusteloosheid in: verminderd bewustzijn. In zo'n toestand kan een persoon in onvoldoende mate zijn of haar wil bepalen en kenbaar maken ten aanzien van instemming of afwijzing van seks met een ander. Daarbij kan worden gedacht aan een verminderd bewustzijn in een sluimering of halfslaap dan wel als gevolg van dronkenschap of drugsintoxinatie. Men kan ook denken aan gevallen waarin het innemen van bepaalde medicijnen een verminderde waakzaamheid teweegbrengt waardoor een persoon het slachtoffer kan worden van onvrijwillig seksueel verkeer. Ik sluit niet uit dat er nog andere gevallen zijn die onder de voorgestelde verruiming zullen kunnen worden gebracht.'[490]
>
> 'Bij de toepassing van deze bepaling wordt gedacht aan situaties waarbij de dader bewust seksueel misbruik maakt van de omstandigheid dat het slachtoffer in onvoldoende mate in staat is haar of zijn wil te bepalen omtrent het hebben van seks met een ander. Dit onvermogen vloeit voort uit een toestand van verminderd bewustzijn. Die toestand kan zijn oorzaak vinden in het gebruik van alcohol, drugs of bepaalde medicijnen. Het slachtoffer kan zich ook in een sluimering of halfslaap bevinden. Dat zijn de situaties die het eerst in aanmerking komen. Ook andere factoren kunnen een eventueel slachtoffer in een toestand van verminderd bewustzijn brengen. Het hangt vervolgens van de omstandigheden in concreto af of er sprake is van seksueel misbruik van een persoon in een toestand van verminderd bewustzijn.'[491]

Aanleiding voor deze uitbreiding was een arrest van de Hoge Raad uit 1998 waaruit bleek dat de vraag of de oude redactie van art. 243 en 247 Sr deze gevallen dekte, met onvoldoende zekerheid kon worden beantwoord.[492] Met de uitbreiding werd strafbaarheid buiten twijfel gesteld.[493]

2.5.3 Bijzonderheden

Thans beschermen art. 243 en 247 Sr dus tegen seksueel misbruik van een persoon die in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert en tegen seksueel misbruik van een persoon die aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden. De wetswijzigingen hebben geen verandering gebracht in de eis dat de dader wetenschap

489 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 6, p. 22.

490 *Kamerstukken I* 2001/02, 27 755, nr. 299b, p. 11.

491 *Handelingen I* 2001/02, 9 juli 2002, nr. 35, p. 1721.

492 HR 24 maart 1998, *NJ* 1998/534 m.nt. De Hullu (misleiding tijdens halfslaap). Zie hierover *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 3, p. 7-9. In voornoemd arrest speelde eveneens een rol dat het halfslapende slachtoffer was misleid omtrent de identiteit van de dader, iets wat eveneens de aandacht kreeg van de wetgever. Daarop wordt dadelijk ingegaan.

493 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, p. 9. Zie voor de vraag welke gevallen ook door de oude redactie zouden zijn gedekt: Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1 bij art. 243 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 14 juli 2012).

moet hebben van de betreffende omstandigheden. Tegenwoordig staat buiten twijfel dat voor deze wetenschap voorwaardelijk opzet voldoende is.[494]

In de rechtspraak worden 'bewusteloosheid' en 'lichamelijke onmacht' niet als alternatieven beschouwd; de bewusteloosheid drukt slechts een vorm van lichamelijke onmacht uit.[495] 'Lichamelijke onmacht' is volgens de Hoge Raad een toestand van fysieke weerloosheid die zijn oorzaak vindt in een bij het slachtoffer zelf bestaand onvermogen tot handelen.[496] Dit kan een lichamelijke handicap zijn[497], maar kan ook het gevolg zijn van een gebrekkig bewustzijn door hypnose[498], sterke drank[499] of een verdoving[500]. De grens met 'verminderd bewustzijn' is dus niet scherp te trekken.[501] Dat het slachtoffer verkeert in de genoemde toestanden door toedoen van de dader, sluit toepasselijkheid van art. 243 en 247 Sr niet uit.[502] Dan ontstaat wel een mogelijke overlap tussen deze bepalingen en art. 81 jo. 242 en 246 Sr (verkrachting en aanranding; in art. 81 Sr wordt met het plegen van geweld gelijkgesteld: het brengen in een staat van bewusteloosheid of onmacht).[503]

Wat zeer waarschijnlijk buiten de sfeer van art. 243 en 247 Sr valt, zijn gevallen van zogenoemde seksuele misleiding en gevallen waarin de beperking van de bewegingsvrijheid direct van buitenaf plaatsvindt. Wat de seksuele misleiding betreft is relevant dat bij de Partiële herziening zedelijkheidswetgeving in het conceptwetsvoorstel een bepaling tegen seksuele misleiding was opgenomen, maar deze uit het voorstel is verwijderd na kritiek van de geraadpleegde adviesorganen.[504] De voorbeelden en omschrijving van 'verminderd bewustzijn' zoals gegeven in de parlementaire stukken lijken voorts uit te sluiten dat de seksuele misleiding onder die noemer is gebracht. Het feit dat iemand bijvoorbeeld wordt misleid omtrent de identiteit van de sekspartner, brengt dus kennelijk op zichzelf nog niet mee dat deze in staat van 'ver-

---

494 HR 3 december 2002, *NJ* 2004/353, m.nt. De Jong.

495 HR 21 juni 1943, *NJ* 1943/559.

496 HR 21 juni 1943, *NJ* 1943/559; HR 29 november 1966, *NJ* 1967/116 (Curaçaose arts); HR 15 juni 1982, *NJ* 1983/153; HR 28 februari 1989, *NJ* 1989/658, m.nt. 't Hart; HR 24 maart 1998, *NJ* 1998/533; HR 4 december 1990, *DD* 91.124 en HR 28 november 1989, *DD* 90.134.

497 HR 15 juni 1982, *NJ* 1983/153.

498 HR 24 maart 1998, *NJ* 1998/533.

499 HR 3 december 2002, *NJ* 2004/353, m.nt. De Jong.

500 HR 4 december 1990, *DD* 91.124.

501 De arresten met betrekking tot deze toestanden zijn gewezen voordat het bestanddeel 'verminderd bewustzijn' zijn intrede deed. Het kan zijn dat de Hoge Raad de reikwijdte van 'lichamelijke onmacht' thans beperkter zal uitleggen, maar enige overlap zal altijd wel blijven bestaan. Er lijkt vooral sprake van een accentverschil: bij 'lichamelijke onmacht' is men niet in staat zich voldoende lichamelijk te verweren, terwijl 'verminderd bewustzijn' ook ruimte laat voor de omstandigheid dat men weliswaar in staat is zich te verweren, maar dat dit achterwege wordt gelaten omdat door het gebrekkige bewustzijn de strekking van de handeling niet goed wordt beseft.

502 Vgl. HR 4 december 1990, *NJ* 1991/346.

503 HR 12 juni 2001, *NJ* 2001/528.

504 Gevreesd werd voor een te ruime toepassing. Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 3, p. 2 en 7-9, en voorts Lindenberg 2013b, p. 509-510. Zie ook paragraaf 2.7.3.4.

minderd bewustzijn' verkeert in de zin van art. 243 en 247 Sr.[505] Met betrekking tot beperkingen van de bewegingsvrijheid die direct van buitenaf plaatsvinden, is van belang dat de 'lichamelijke onmacht' ('een bij het slachtoffer zelf bestaand onvermogen tot handelen') moet zijn veroorzaakt door een van *binnenuit* werkende omstandigheid (ook al kan deze op haar beurt zijn veroorzaakt van buitenaf).[506] Directe belemmeringen van de bewegingsvrijheid van buitenaf, zoals een vastgebonden-zijn of een vastgeklemd-zitten, leveren in dat opzicht geen 'lichamelijke onmacht' op als bedoeld in art. 243 en 247 Sr.[507]

Meer op zichzelf staat de bescherming van iemand met een psychische stoornis of verstandelijke beperking: 'iemand die aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden').[508] Deze formulering, in combinatie met de benodigde wetenschap van de dader, leidt tot vier cumulatieve vereisten. In het kader van bijvoorbeeld art. 247 Sr moet worden vastgesteld: (1) dat seksuele handelingen die als ontuchtig worden aangemerkt zijn gepleegd, (2) met iemand die lijdt aan een psychische stoornis of verstandelijke beperking, (3) en die als gevolg daarvan niet of onvolkomen in staat is zijn wil omtrent de seksuele handelingen te bepalen of kenbaar te maken of tegen die handelingen weerstand te bieden, terwijl (4) de dader van de vorige drie omstandigheden wetenschap had, ten minste in de vorm van voorwaardelijk opzet.[509] Niet lijkt te worden vereist dat de ontucht enkel heeft kunnen plaatsvinden vanwege de psychische stoornis of verstandelijke beperking.[510]

Voorts kan worden opgemerkt dat het vrijheidsbeginsel in art. 243 en 247 Sr op verschillende manieren kan worden gehonoreerd. Zo lijkt het mogelijk dat toestemming voor seksuele handelingen tijdens de slaap – slaap kan vallen onder 'lichamelijke onmacht' of onder 'verminderd bewustzijn', afhankelijk van de diepte – gegeven aan de partner vlak voor de slaap, als bijzondere rechtvaardigingsgrond wordt aangenomen.[511] Wat personen met een psy-

---

505 Zie Lindenberg 2013b, p. 509-510 en Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1 bij art. 243 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 14 juli 2012). Dat misleiding niet onder 'staat van (lichamelijke) onmacht' valt, was al eerder bepaald in het Curaçaose arts-arrest (HR 29 november 1966, *NJ* 1967/116). Op de seksuele misleiding wordt tevens ingegaan in paragraaf 2.7.3.4.

506 Vgl. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 17.

507 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1 bij art. 243 Sr, i.h.b. voetnoot 1 (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 14 juli 2012). De strafbaarheid van misbruik van dergelijke lichamelijke onmacht zal bijgevolg moeten worden gevonden in art. 242 en 246 Sr ('door een andere feitelijkheid dwingen'). Zie hierover paragraaf 2.7.3.3.

508 Indien het wetsvoorstel Verplichte geestelijke gezondheidszorg (dossier 32 399) tot wet wordt verheven, worden de gedateerd geachte termen 'gebrekkige ontwikkeling of de ziekelijke stoornis van de geestesvermogens' vervangen door 'psychische stoornis of verstandelijke beperking'. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 399, nr. 2 (art. 15:11 onder d).

509 Vgl. A-G Aben in zijn conclusie voor HR 14 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4396 (o. 4.2.1). Zie hierover voorts Van den Brink & Milani 2014, p. 65-69.

510 Aldus A-G Aben in zijn conclusie voor HR 14 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4396 (o. 4.2.2).

511 Vgl. De Hullu & Van der Neut 1985, p. 100 (i.h.b. voetnoot 12), die uit HR 15 juni 1982, *NJ* 1983/153 afleiden dat de Hoge Raad toestemming onder omstandigheden relevant acht. In

chische stoornis of verstandelijke beperking betreft, is hiervoor gebleken dat de commissie-Melai stilstond bij het dilemma dat deze personen enerzijds niet seksueel onaantastbaar mogen worden gemaakt, maar anderzijds ook niet seksueel vogelvrij mogen worden verklaard. De wetgever sprak in dit verband weliswaar van een 'absoluut verbod', maar relativeerde dit door tegelijkertijd te overwegen dat seksuele handelingen met een geestelijk gehandicapte die in staat is aan te geven de betreffende handelingen te willen, niet onder de delictsomschrijvingen vallen.[512] In zoverre lijken de wilscomponenten in art. 243 en 247 Sr ('in staat zijn de wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken') sterker dan de weerstandscomponent ('of daartegen weerstand te bieden'). Concreter gezegd: seks met iemand met een verstandelijke beperking zou weliswaar in beginsel reeds onder art. 243 of 247 Sr vallen omdat diegene door de beperking niet in staat is weerstand te bieden, maar de omstandigheid dat is ingestemd door iemand die in staat is over de handelingen de wil te bepalen en kenbaar te maken, zou hier volgens de wetgever kennelijk al op bestanddeelniveau moeten prevaleren. De moeilijke vraag is evenwel hoe beoordeeld moet worden of iemand tot instemming en wilsbepaling in staat is. Verschillende perspectieven kunnen daarbij worden ingenomen.[513] Zo ziet Aben het onvermogen om in te stemmen als een situatie-onafhankelijke eigenschap van de persoon, en dus als een absoluut onvermogen. Een gevolg hiervan is dat situaties denkbaar zijn waarin sprake is van een gezonde, gelijkwaardige relatie, terwijl toch wordt voldaan aan het onvermogen als bedoeld in art. 243 en 247 Sr, aldus Aben. Dit zou volgens hem moeten worden opgelost door de handelingen zo nodig niet als 'ontuchtig' te beschouwen. Voor zover dit niet kan (art. 243 Sr mist het bestanddeel 'ontuchtig'), moet het opportuniteitsbeginsel uitkomst bieden.[514] Knigge ziet het onvermogen daarentegen wel als situatie-afhankelijk, dus als een relatief onvermogen. Of iemand met een geestelijke beperking het vermogen heeft om in te stemmen dient volgens hem van geval tot geval te worden bekeken, met name in relatie tot de concrete seksuele handelingen en tot de verhouding tussen de kwetsbare en de dader.[515] Voor het perspectief van Knigge pleit dat de wetgever de relatie tussen het geestelijke vermogen en de concrete handelingen heeft benadrukt en dat met deze insteek meer recht kan worden gedaan aan de zelfbeschikking zoals beschermd door art. 8 EVRM.[516] Daarnaast lijkt het vermogen om de strekking te begrijpen van enkele kussen op de mond inderdaad ook

Noyon-Langemeijer-Remmelink wordt een algemeen rechtvaardigende werking van toestemming afgewezen vanwege de onzekerheid over de vraag of de toestemming ten tijde van de handelingen nog bestond, en voorts omdat 'een dergelijke gang van zaken ook uit een oogpunt van ethiek en volksgezondheid aanvechtbaar' lijkt. Zie Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1 bij art. 243 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 14 juli 2012).

512 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 17.

513 Vgl. Van den Brink & Milani 2014, p. 66-68, die de hierna weergegeven perspectieven van Aben en Knigge eveneens bespreken.

514 A-G Aben in zijn conclusie voor HR 14 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4396 (o. 4.2.2).

515 A-G Knigge in zijn conclusie voor HR 25 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:2 (o. 6.3-6.9).

516 Deze aspecten worden in de conclusie van Knigge zelf besproken (o. 6.3-6.9).

anders te zijn dan het vermogen om de strekking te begrijpen van verregaande penetrerende handelingen.[517]

Tot slot kan worden gewezen op het verschil tussen art. 243 en 247 Sr, dat is gelegen in de aard van de handelingen. Uit de bestanddelen van art. 247 Sr blijkt dat deze bepaling van toepassing is op alle 'ontuchtige handelingen', terwijl voor art. 243 Sr nodig is dat de handelingen 'bestaan uit of mede bestaan uit een seksueel binnendringen van het lichaam'. Voor de toepasselijkheid van dit laatste is volgens de nieuwe Tongzoen-jurisprudentie vereist dat de handeling ten minste in redelijkheid op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging.[518] Deze beperking van het bestanddeel 'seksueel binnendringen' wordt nader behandeld in paragraaf 2.7.2 in het kader van art. 242 Sr (verkrachting). Een mogelijk tweede beperking van handelingen die 'bestaan uit of mede bestaan uit een seksueel binnendringen van het lichaam' is aan de orde geweest bij de bespreking van het Pollepel-arrest uit 2005 (zie paragraaf 2.3.5.2).[519] In dat arrest stelde de Hoge Raad vast dat onder art. 242 Sr (verkrachting) geen seksuele handelingen zijn te brengen die zijn gepleegd door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend. Op basis van de argumentatie van de Hoge Raad wekt het Pollepel-arrest de indruk dat een soortgelijke beperking geldt voor andere bepalingen met het bestanddeel 'seksueel binnendringen', wat in dit verband zou betekenen dat onder art. 243 Sr geen seksuele handelingen zijn te brengen die zijn gepleegd door een ander dan de dader. Indien dit juist is, valt buiten het bereik van het plegen van art. 243 Sr (maar in beginsel binnen het bereik van het plegen van art. 247 Sr): dat iemand in staat van verminderd bewustzijn of iemand met psychische stoornis of geestelijke beperking wordt bewogen tot het verrichten van een binnendringen bij zichzelf, dat de genoemde persoon wordt bewogen tot het binnendringen bij een ander, en dat de genoemde persoon wordt bewogen tot het ondergaan van een binnendringen door een ander dan de 'beweger' of door een dier.

2.6 Seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken

Artikel 249 Sr

1. Hij die (…), wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
   1°. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;

[517] Zie hierover Benedet & Grant 2010, p. 330-331.

[518] Zie met name HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. N. Keijzer (Tongzoen III), als vervolg op HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437 m.nt. N. Keijzer (Tongzoen II). In Tongzoen III maakte de Hoge Raad duidelijk dat de beperkingen die in Tongzoen II werden gesteld aan het bestanddeel 'seksueel binnendringen' in de zin van art. 242 Sr, ook gelden voor datzelfde bestanddeel in art. 243, 244 en 245 Sr.

[519] HR 11 oktober 2005, *NJ* 2006/614.

2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;
3°. degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.

2.6.1 Inleiding

Volgens de strafwetgever is het doel van de zedelijkheidswetgeving gelegen in 'het beschermen van de seksuele integriteit van personen, die daartoe zelf, op een bepaald moment dan wel in het algemeen, niet in staat zijn'.[520] Omdat de wetgever ervan uitgaat dat volwassenen in de regel in staat zijn hun eigen seksuele integriteit te beschermen, is voor deze groep alleen in uitzonderingsgevallen strafrechtelijke bescherming geboden. Eén van die gevallen betreft de situatie dat zij zich in een gezags- of vertrouwensrelatie bevinden waardoor de ander eenvoudig van het in hem gestelde vertrouwen misbruik kan maken. Deze bescherming heeft in art. 249 lid 2 Sr haar beslag gekregen. Overigens is, hoewel jeugdigen in art. 249 lid 1 Sr specifieke bescherming wordt geboden, het tweede lid ook op hen van toepassing.

2.6.2 Ontwikkelingen

Bij de inwerkingtreding van art. 249 Sr zag de bescherming die het artikel aan eenieder bood er als volgt uit:

> *Art. 249 Sr (1886)*
> Met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren wordt gestraft ontucht gepleegd:
> 1°. (...)
> 2°. (...)
> 3°. door ambtenaren met personen die aan hun gezag zijn onderworpen of aan hunne waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;
> 4°. door bestuurders, geneeskundigen, onderwijzers, beambten, opzichters of bedienden in gevangenissen, rijkswerkinrichtingen, huizen van verbetering, opvoedingsgestichten, weeshuizen, ziekenhuizen, krankzinnigengestichten of instellingen van weldadigheid, met personen daarin opgenomen.

Tijdens de beraadslagingen over art. 249 Sr bij de voorbereiding van het Wetboek van Strafrecht, is in beide Kamers veel gediscussieerd over de gewenste reikwijdte van het delict.[521] Het twistpunt was de vraag in hoeverre personen, ook minderjarigen, strafrechtelijke bescherming verdienen in een gezagsrelatie die zij *vrijwillig* waren aangegaan. Het initiële standpunt van de regering was dat de strafwet zich alleen diende uit te strekken tot het misbruik van gezag ten aanzien van hen die 'door geboorte of door dwang van anderen

---

520 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 4.
521 Zie voor de hier beschreven omstandigheden: Smidt II, p. 319-331.

verpligt zijn, zich aan dat gezag te onderwerpen'.[522] Een uitgebreide bescherming zou volgens de regering en sommige parlementariërs het risico op chantage te zeer verhogen. Uiteindelijk is ervoor gekozen enkele gevallen van de vrijwillige onderwerping aan het gezag door minderjarigen wel in het artikel op te nemen, maar de algemene, voor eenieder geldende bescherming niet verder uit te breiden.

In de loop der tijd is vaak gesleuteld aan de uitdrukkingen in art. 249 Sr.[523] Van deze wijzigingen is die in 1991 voor de onderhavige context het meest fundamenteel; in dat jaar is het huidige derde onderdeel van het tweede lid toegevoegd. Deze uitbreiding werd wenselijk geacht omdat in de gezondheidszorg en de maatschappelijke zorg ook personen werkzaam zijn in beroepen waarvan de beoefenaren over het algemeen niet binnen inrichtingen in de zin van het tweede onderdeel werkzaam zijn. Voorts was de wetgever van mening dat personen die alleen poliklinisch contact hadden met de betreffende functionarissen (en aldus niet waren 'opgenomen' in de zin van het tweede onderdeel) eveneens beschermd dienden te worden.[524]

2.6.3 Bijzonderheden

In art. 249 lid 2 Sr bestaat tussen onderdeel 1° enerzijds en de onderdelen 2° en 3° anderzijds een belangrijk verschil. In onderdeel 1° is het uitgangspunt uit 1886 nog goed merkbaar; degene die zich vrijwillig onderwerpt aan het gezag van een ambtenaar wordt niet door deze bepaling beschermd. Het dient te gaan om een juridische, geformaliseerde relatie tussen de ambtenaar en de betrokkene.[525] In de onderdelen 2° en 3° behoeft een dergelijke formele relatie niet vast te staan en geniet de betrokkene eveneens bescherming wanneer deze zich vrijwillig in de genoemde relatie heeft begeven.[526]

In hoeverre de bescherming doorwerkt nadat het contact dat de wet beschrijft strikt genomen is opgehouden, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.[527] Daarbij zal in acht genomen moeten worden dat het gaat om bescherming tegen misbruik van het psychisch overwicht dat die ander op de betrokkene heeft, misbruik van de ontstane afhankelijke positie, of misbruik van het vertrouwen dat die ander van de betrokkene heeft gewonnen.[528] De ontucht is alleen dan niet aan de orde wanneer de relatie bij de seksuele handelingen geen enkele rol speelt.[529]

522 Zie Smidt II, p. 320.
523 Een beschrijving van de betreffende wijzigingen kan worden gevonden in Simons/Pompe 1941, p. 200-202 en Wiarda 2012, p. 26-28.
524 Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 7 en 9.
525 HR 19 december 1989, *NJ* 1990/292, m.nt. Van Veen.
526 HR 30 september 2003, *NJ* 2004/53.
527 Vgl. HR 30 september 2003, *NJ* 2004/53; HR 14 oktober 2014, *NJ* 2015/47, m.nt. Rozemond.
528 Vgl. HR 2 december 2003, *NJ* 2004/78; HR 22 maart 2011, *NJ* 2011/143.
529 HR 18 februari 1997, *NJ* 1997/485, m.nt 't Hart; HR 22 maart 2011, *NJ* 2011/143.

2.7 Seksuele delicten door middel van dwang

> Artikel 242 Sr
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 246 Sr
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

2.7.1 Inleiding

In art. 242 en 246 Sr wordt bescherming geboden tegen verkrachting en aanranding. Na 1886 hebben deze bepalingen alleen in 1991 inhoudelijke wijzigingen ondergaan, maar die wijzigingen waren wel van fundamentele aard. De redactiewijzigingen zijn in de volgende vergelijking gecursiveerd:

> Artikel 242 Sr (1886-1991)
> Hij die door geweld of bedreiging met geweld een vrouw dwingt met hem buiten echt vleeschelijke gemeenschap te hebben, wordt (…)
>
> Artikel 242 Sr (1991-heden)
> Hij die door geweld *of een andere feitelijkheid* of bedreiging met geweld *of een andere feitelijkheid iemand* dwingt tot *het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam*, wordt (…)
>
> Artikel 246 Sr (1886-1991)
> Hij die door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt (…)
>
> Artikel 246 Sr (1991-heden)
> Hij die door geweld *of een andere feitelijkheid* of bedreiging met geweld *of een andere feitelijkheid* iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt (…)

Zoals is te zien, is in 1991 het verkrachtingsdelict sekseneutraal gemaakt, is de huwelijksexceptie ('buiten echt') daaruit verdwenen en zijn ten slotte de vereiste penetrerende handelingen uitgebreid van geslachtsgemeenschap naar 'het seksueel binnendringen van het lichaam'. Daarnaast is voor zowel art. 242 Sr als art. 246 Sr de in aanmerking komende dwang verruimd: niet langer is alleen de dwang door geweld of bedreiging met geweld relevant, maar ook de dwang door 'een andere feitelijkheid' of door 'bedreiging met een andere feitelijkheid'. De huidige reikwijdte van de bepalingen wordt hieronder aan de hand van de wetsgeschiedenis en rechtspraak besproken.

2.7.2 Seksueel binnendringen

Bij de voorbereiding van de nieuwe zedenwetgeving die uiteindelijk in 1991 in werking trad, wilde de commissie-Melai het onderscheid tussen verkrachting en aanranding niet laten vallen omdat dit 'niet zou overeenkomen met de opvattingen van het overgrote deel van de rechtsgenoten'. 'In de samenleving wordt nog steeds een heel duidelijk onderscheid gemaakt tussen beide delicten', aldus de commissie.[530] De commissie onderschreef wel het belang om het onderscheid tussen verkrachting en aanranding niet meer uitsluitend te baseren op de vraag of al dan niet geslachtsgemeenschap tussen de man als dader en de vrouw als slachtoffer had plaatsgevonden. Daardoor ontstond ook ruimte om niet alleen de vrouw, maar ook de man te beschermen tegen ongewenste seksuele penetraties.[531] Gekozen werd voor de formulering 'geslachtsgemeenschap, of een daarmee gelijk te stellen handeling'. Onder dit laatste diende volgens de commissie te worden begrepen: 'iedere vorm van genitaal, oraal en anaal contact, zoals contacten tussen mond en anus, mond en penis en mond en vulva, hetzij tussen penis en vulva en penis en anus, hetzij tussen anus of vulva en artificieel substituut'.[532]

De wetgever nam deze plannen uiteindelijk[533] over, met dit verschil dat de formulering van de commissie-Melai werd vervangen door het begrip 'seksueel binnendringen van het lichaam'. Dit omvatte volgens de wetgever 'zowel vleselijke gemeenschap als andere vormen van binnendringen'.[534]

Enkele jaren na de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving liet de Hoge Raad zich uit over de algemene strekking van het nieuwe bestanddeel 'seksueel binnendringen'. Omdat in de wetsgeschiedenis over dat bestanddeel niet veel meer was gezegd dan zojuist is weergegeven, achtte de Hoge Raad van belang dat uit de wetsgeschiedenis ook niet was gebleken dat de wetgever afstand had genomen van de denkbeelden van de commissie-Melai. Tegen deze achtergrond kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat de term 'seksueel binnendringen van het lichaam' inhoudt: ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking.[535] Dat het delict verkrachting daarmee een ruime werkingssfeer had gekregen, werd bevestigd in 1998, in het Tongzoen I-arrest. Daaruit bleek dat ook een tongzoen in beginsel als 'seksueel binnen-

530 Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980, p. 19.

531 Idem.

532 Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980, p. 45, 46.

533 Aanvankelijk wilde de wetgever de strafbaarstellingen van geslachtsgemeenschap onder dwang of met een onmachtige of jeugdige (art. 242, 243, 244 en 245 Sr) behouden en stelde hij voor andere vormen van seksueel binnendringen apart strafbaar te stellen als gekwalificeerde vorm van aanranding (art. 246 Sr). Vgl. *Kamerstukken II*, 1988/89, 20 930, nr. 3, p. 7, 8. In de vierde nota van wijziging (*Kamerstukken II*, 1990/91, 20 930, nr. 13) is dit voorstel ingetrokken en hebben art. 242, 243, 244 en 245 Sr hun huidige redactie gekregen. De toelichting meldt hierover 'dat het zuiverder is in de artikelen 243, 244 en 245 de aparte strafbaarstelling van het hebben van vleselijke gemeenschap te laten vervallen en in die artikelen het seksueel binnendringen strafbaar te stellen.'

534 *Kamerstukken II*, 1990/91, 20 930, nr. 13, p. 3.

535 HR 22 februari 1994, *NJ* 1994/379, m.nt. 't Hart (i.c. ging het om art. 244 Sr en de penetratie met een of enkele vingers).

dringen' en een afgedwongen tongzoen dus als verkrachting kon worden aangemerkt.[536] De Hoge Raad zag op grond van de wetsgeschiedenis geen aanleiding om 'gevallen waarin de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen objectief niet op één lijn kan worden gesteld met het binnendringen met een lichaamsdeel in anus of vagina' buiten het begrip 'seksueel binnendringen' te houden. Daarbij wees de Hoge Raad aanvullend op de ratio van art. 242 Sr – 'de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam' – en constateerde dat ook ogenschijnlijk minder ernstige vormen van binnendringen van het lichaam met een seksuele strekking als een ingrijpende aantasting van de lichamelijk integriteit kunnen worden ervaren en even kwetsend kunnen zijn als gedwongen geslachtsgemeenschap.

In 2013 is de Hoge Raad op dit standpunt teruggekomen, in het Tongzoen II-arrest.[537] Hij wees daarin op het feit dat op het Tongzoen I-arrest veel kritiek was geleverd en dat de ingezette lijn ook niet steeds door de feitenrechter was gevolgd. De genoemde kritiek hield volgens de Hoge Raad in dat het bestempelen van een tongzoen als verkrachting in strijd was met het algemene spraakgebruik en buiten het door het begrip verkrachting afgegrensde kader trad, terwijl in voorkomende gevallen de toepassing van een ander, de seksuele integriteit eveneens beschermend, wettelijk kader meer geëigend kon zijn, bijvoorbeeld die in art. 246 Sr (aanranding). Verder overwoog de Hoge Raad dat als bezwaar was aangevoerd dat een veroordeling in deze context als onjuist en onrechtvaardig werd gevoeld, dat de maximale gevangenisstraf in art. 242 Sr aanzienlijk hoger was dan die in art. 246 Sr en dat aangenomen mocht worden dat de vermelding 'verkrachting' op het strafblad van een veroordeelde ernstiger maatschappelijke repercussies had dan de vermelding van een minder zwaar beladen benaming. In al deze omstandigheden zag de Hoge Raad grond terug te komen op zijn eerdere lijn. Voortaan moest doorslaggevend zijn dat de handeling in redelijkheid op één lijn kon worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging.[538] De afgedwongen tongzoen die ook in deze zaak aan de orde was, voldeed niet aan dit nieuwe criterium en kon dus niet meer als 'verkrachting' in de zin van art. 242 Sr worden aangemerkt.[539]

Opmerkelijk is dat, enerzijds, de Hoge Raad in zijn eerdere lijn gewicht had toegekend aan de wetsgeschiedenis en in het verlengde daarvan aan de opvattingen van de commissie-Melai, wat leidde tot het definiëren van seksueel binnendringen als 'ieder binnendringen met een seksuele strekking', maar

---

536 HR 21 april 1998, *NJ* 1998/781, m.nt. De Hullu.

537 HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. Keijzer.

538 Uit het Tongzoen III-arrest blijkt dat dit nieuwe criterium eveneens geldt voor art. 243, 244 en 245 Sr (HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. Keijzer; Tongzoen III).

539 Wel kan de tongzoen naar gelang de omstandigheden nog overtreding opleveren van onder meer art. 246, 247, 249 of 284 Sr (vgl. de overwegingen van de Hoge Raad in HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. Keijzer (Tongzoen II) en in HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. Keijzer (Tongzoen III)). Voorts is denkbaar dat een tongzoen, weer afhankelijk van de omstandigheden, kan worden aangemerkt als mishandeling of zelfs als poging tot verkrachting (vgl. de conclusie van A-G Harteveld voor 13 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1093).

dat anderzijds juist de nieuwe lijn in het Tongzoen II-arrest meer bij de opvattingen van de commissie-Melai lijkt aan te sluiten ('geslachtsgemeenschap, of een daarmee gelijk te stellen handeling'), terwijl de Hoge Raad daarbij geen beroep doet op de wetsgeschiedenis.[540] Hoe dit ook zij, de reikwijdte van 'verkrachting' is door het Tongzoen II-arrest duidelijk gekrompen. De in aanmerking komende handelingen lijken te moeten passen in één van de drie categorieën die in het nieuwe criterium besloten liggen: (1) geslachtsgemeenschap, (2) een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging, en (3) een handeling die in redelijkheid op één lijn kan worden gesteld met de onder 1 of 2 genoemde handelingen. Het onderscheid tussen categorie 2 en 3 zal niet altijd goed te maken zijn, omdat zij lijken te overlappen.[541] Op dezelfde dag als het Tongzoen II-arrest en met inachtneming daarvan, heeft de Hoge Raad in een ander arrest overwogen dat het duwen van de vinger(s) tussen de schaamlippen verkrachting kan opleveren, 'omdat van die gedraging in redelijkheid niet kan worden gezegd dat die niet op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging'.[542] Daarmee lijken deze handelingen in de derde categorie te worden geplaatst. Meer recentelijk heeft de Hoge Raad aangegeven dat ook pijpen als seksueel binnendringen kan worden aangemerkt (zonder nadere motivering)[543], maar dat uit een verklaring dat de vagina is betast en gestreeld nog niet kan worden afgeleid dat is binnengedrongen.[544]

Gelet op de tekst van art. 242 Sr kan voorts aan de drie genoemde categorieën nog een vierde, onzelfstandige categorie worden toegevoegd. Volgens de delictsomschrijving gaat het niet alleen om handelingen die bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, maar ook om handelingen die *mede* bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam. Handelingen die aan het seksueel binnendringen voorafgaan dan wel daarop volgen of daarmee gepaard gaan, kunnen daarmee ook onder de reikwijdte van art. 242 Sr vallen, aldus de Hoge Raad.[545] De tongzoen kan in zoverre nog steeds materieelrech-

---

540 Vgl. Rozemond, *AAe* 2013, p. 841-842.

541 Wat is bijvoorbeeld het verschil tussen een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit met geslachtsgemeenschap vergelijkbare gedraging (categorie 2) en een handeling die in redelijkheid op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap (onderdeel van categorie 3)? Het belang van het verschil zal in de praktijk ongetwijfeld gering zijn, omdat alleen moeilijke gevallen zullen worden betwist en deze moeilijke gevallen zullen worden gerelateerd aan het volledige criterium ('is het een handeling die in redelijkheid op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging?'). In dat opzicht kunnen categorie 2 en 3 beter als een en dezelfde categorie worden beschouwd.

542 HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/438, m.nt. Keijzer (Vader en dochter).

543 HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:56 (art. 245 Sr).

544 HR 17 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:350 (art. 243 Sr).

545 Vgl. HR 18 mei 1999, *NJ* 1999/541; HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:56 (art. 245 Sr). Zie hierover Rozemond, *AAe* 2014, p. 295-296, waarbij ook wordt stilgestaan bij mogelijke problemen met tenlasteleggingen. Wanneer een tenlastelegging een bepaalde periode bestrijkt en daarin meerdere handelingen worden verweten, dan kan het problematisch zijn ingeval de mogelijkheid wordt opengelaten dat de onzelfstandige handelingen (categorie 4) bij een van de incidenten de enige handelingen waren. Anders gezegd: het zal moeten blij-

telijk onderdeel uitmaken van verkrachting, mits deze gepaard is gegaan met binnendringende handelingen in de zin van categorie 1, 2 of 3.[546]

Ten slotte kan nog het volgende worden opgemerkt over de aard van de handelingen die moeten zijn ondergaan voordat van verkrachting kan worden gesproken. In 2005 heeft de Hoge Raad in de in aanmerking komende handelingen een andere belangrijke beperking aangebracht. In het zogenoemde Pollepel-arrest is vastgesteld dat onder art. 242 Sr geen seksuele handelingen zijn te brengen die zijn gepleegd door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend.[547] Op de strekking van dit arrest is al eerder ingegaan (paragraaf 2.3.5.2). Hier wordt volstaan met het herhalen van de slotsom dat op grond van dit arrest in beginsel van het plegen van verkrachting lijkt te zijn uitgesloten: de dwang tot het verrichten van een binnendringen bij zichzelf (bijvoorbeeld het moeten inbrengen van een voorwerp bij zichzelf), de dwang tot het binnendringen bij een ander (bijvoorbeeld de dwinger anaal moeten penetreren) en de dwang tot het ondergaan van een binnendringen door een ander dan de dwinger (bijvoorbeeld het moeten ondergaan van een anale penetratie verricht door iemand die daartoe eveneens wordt gedwongen) of door een dier.

2.7.3 Dwingen door een andere feitelijkheid

2.7.3.1 Inleiding

Van verkrachting en aanranding is pas sprake wanneer het seksueel binnendringen (art. 242 Sr) of de ontuchtige handelingen (art. 246 Sr) zijn afgedwongen door middel van 'geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid'. Uit het begrip 'andere feitelijkheid' kan worden afgeleid dat 'geweld' als een bepaald type 'feitelijkheid' wordt gezien en 'bedreiging met geweld' als een bepaald type 'bedreiging met een feitelijkheid'.[548] De reikwijdte van art. 242 en 246 Sr wordt dus in belangrijke mate bepaald door het begrip 'door een (andere) feitelijkheid dwingen'. Deze bestanddelen worden nu besproken.

---

ken dat handelingen uit categorie 4 telkens onderdeel uitmaakten van een incident waarbij ook sprake was van handelingen uit categorie 1, 2 of 3.

546 Vgl. HR 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:56 (art. 245 Sr), waarin de Hoge Raad overwoog: 'Nu blijkens de bewezenverklaring geen sprake is van het enkele geven van een tongzoen, heeft het Hof het (...) bewezenverklaarde terecht gekwalificeerd als het "met iemand die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen plegen die bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam". In een afsluitende overweging wijst de Hoge Raad nog uitdrukkelijk op de functie van het woord 'mede' in art. 245 Sr. Het hof had van het bestanddeel 'mede' partieel vrijgesproken, maar dat was het hof kennelijk vergeven.

547 HR 11 oktober 2005, *NJ* 2006/614.

548 In de wetsgeschiedenis van art 242, 246 en die van 284 Sr, op welk artikel de toevoegingen in art. 242 en 246 Sr gebaseerd zijn, is nooit uitdrukkelijk op deze relatie ingegaan, maar zij kan daaruit wel worden afgeleid. Zie Lindenberg 2007, p. 105-131, 202-208.

2.7.3.2 'Feitelijkheid': wetsgeschiedenis

De dwangmiddelen 'andere feitelijkheid' en 'bedreiging met een andere feitelijkheid' zijn in 1991 aan art. 242 en 246 Sr toegevoegd (zie hiervoor). Het was de commissie-Melai die daartoe de voorzet had gegeven. Naar de mening van de commissie liet de aard van het te beschermen rechtsgoed – het recht op seksuele zelfbeschikking – niet toe dat het bestanddeel 'dwang' een te beperkte omschrijving zou krijgen. Zij vond dat de strafbaarstelling van verkrachting en aanranding niet alleen ten doel had 'zeer ernstige, mede door de aard van het gebruikte geweld bepaalde, normoverschrijdingen te treffen', maar 'ook en vooral (...) de veiligheid of het gevoel van veiligheid van de rechtsgenoten in het sociale verkeer te verzekeren'. 'Daarmee is een – te – beperkte toepasbaarheid van de betrokken strafbepalingen niet te verenigen', aldus de commissie. Het lag volgens de commissie in de rede voor een ruimere omschrijving aansluiting te zoeken bij art. 284 Sr en ook de strafbepalingen tegen verkrachting en aanranding uit te breiden met de daarin voorkomende bestanddelen 'een andere feitelijkheid' en 'bedreiging met een andere feitelijkheid'. Het bezwaar dat het opnemen van de voorgestelde middelen zou leiden tot een te ruime werkingssfeer achtte de commissie niet overtuigend. Om dit standpunt te ondersteunen haalde de commissie Noyon-Langemeijer-Remmelink aan, waarin bij art. 284 Sr werd overwogen dat 'andere feitelijkheden, om middel tot het plegen van het misdrijf van dit artikel te wezen, van zulke aard moeten zijn dat zij, naar de gegeven omstandigheden beschouwd, iemand kunnen dwingen, hem zijns ondanks te brengen tot hetgeen van hem wordt verlangd.' 'Is dat gevaar bij artikel 284 al gering', zo zei de commissie, 'a fortiori is daarvoor geen grond in een delictsomschrijving die reeds omschrijft wat van het slachtoffer wordt afgedwongen.' De commissie sloot af met een als definitie ogende omschrijving: 'Kortom, onder "andere feitelijkheden" zijn bij aanranding en verkrachting gedragingen te verstaan die in de gegeven omstandigheden iemand kunnen dwingen haars of zijns ondanks sexuele handelingen te dulden of te plegen.'[549]

In het latere wetgevingstraject – dat werd gekenmerkt door ingetrokken voorstellen, opeenvolgende invulling van ministersposten en veel nota's van wijziging – is relatief weinig aandacht besteed aan 'dwingen door een andere feitelijkheid'.[550] Minister Korthals Altes onderschreef de uitleg die de Commissie-Melai aan 'feitelijkheden' had gegeven. Zelf verdedigde hij de uitbreiding als volgt:

> 'Uit recent criminologisch onderzoek valt af te leiden dat sexueel contact, afgedwongen met andere onaanvaardbare dwangmiddelen dan geweld of bedreiging daarmee, tamelijk frequent voorkomt. De grens tussen hetgeen strafbaar en niet-strafbaar is, wordt

---

549 Zie voor de genoemde opmerkingen van de commissie: Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980, p. 15-16. De voorgaande beschrijving is ontleend aan Lindenberg 2007, p. 204.

550 Voor een uitgebreidere beschrijving van deze ontwikkelingen in het onderhavige kader zie Lindenberg 2007, p. 204-207 en in het kader van de zedenwetgeving als geheel: Kool 1999, p. 88-121, Soetenhorst-de Savornin Lohman & Jansz 1986 en Zeegers 1999.

> wat willekeurig, indien men aan het criterium van de aanwending van of dreiging met fysiek geweld zou blijven vasthouden. Meer subtiele, maar wellicht even doelmatige middelen om de onderwerping van het slachtoffer af te dwingen blijven dan bij voorbaat straffeloos'.[551]

Gevraagd of de uitbreidingen van de dwangmiddelen zouden kunnen bijdragen aan de bestrijding van ongewenste intimiteiten op de werkvloer, antwoordde Korthals Altes: 'Dit zou mogelijk zijn, doch de andere feitelijkheid moet wel zo bedreigend zijn dat het slachtoffer er ook echt door "gedwongen" wordt, dus geen "weerstand" kan bieden.'[552] Zijn ambtsopvolger Hirsch Ballin voegde daar nog het volgende aan toe, toen hij inging op de relatie tussen de nieuwe dwangmiddelen en 'dwingen':

> 'Het gaat er (...) om dat de feitelijkheid zo bedreigend moet zijn dat wanneer zij niet wordt gebezigd, het slachtoffer niet zou hebben gehandeld of nagelaten, althans niet op het ogenblik waarop en in de omstandigheden waarin hij (zij) thans gehandeld heeft of niet gehandeld heeft. Er moet dus een relatie zijn tussen het gebezigde middel en het handelen of nalaten. Als een feitelijkheid zeer bedreigend is voor het slachtoffer zal zij geen weerstand meer kunnen bieden.'[553]

Uit deze wetsgeschiedenis lijken grofweg twee interpretaties van de 'feitelijkheid' te kunnen worden afgeleid. De eerste is dat daaronder alle gedragingen vallen die geschikt zijn om iemand tot het betreffende gevolg te dwingen (vergelijk de opvatting van de commissie-Melai – 'gedragingen die in de gegeven omstandigheden iemand kunnen dwingen haars of zijns ondanks sexuele handelingen te dulden of te plegen' – een opvatting die door Korthals Altes werd onderschreven en waarop door Hirsch Ballin niet is teruggekomen). Door de commissie-Melai en ook door beide ministers is in dit verband beklemtoond dat de reikwijdte van het bestanddeel 'feitelijkheid' haar grenzen vindt in het bestanddeel 'dwingen'. De tweede interpretatie vloeit voort uit de omstandigheid dat de ministers spraken over handelingen die 'bedreigend' zijn. Dit zou erop kunnen duiden dat een 'feitelijkheid' een bedreigend karakter moet hebben en dat, bijgevolg, gedragingen die weliswaar geschikt zijn om te dwingen maar die niet bedreigend zijn, geen 'feitelijkheid' opleveren. Vooral bij deze interpretatie is een bijkomende lastigheid dat in de wetgeschiedenis voortdurend is gesproken over de 'feitelijkheid', waardoor geen handvat is geboden een 'andere feitelijkheid' te onderscheiden van 'bedreiging met een andere feitelijkheid'.[554]

Overigens kan worden opgemerkt dat in de eerdere wetsgeschiedenis van art. 284 Sr evenmin duidelijke aanwijzingen zijn gegeven voor de inhoud van de 'feitelijkheid'. Op grond van die wetsgeschiedenis kan de ruime bete-

551 Voorontwerp Herziening van de artikelen 242-249 en van enkele andere bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, p. 15 (I.84.312/1; MvT). Het Voorontwerp is niet algemeen beschikbaar, maar opvraagbaar bij het ministerie van Veiligheid en Justitie. Vgl. Lindenberg 2007, p. 205.
552 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 17.
553 *Kamerstukken II* 1989/90, 20 930, nr. 8, p. 8.
554 Vgl. Lindenberg 2007, p. 207-208.

kenis ‘daad’ worden verdedigd (wat neerkomt op de definitie van de commissie-Melai: alle gedragingen die geschikt zijn om te dwingen), maar evengoed een beperktere betekenis, bijvoorbeeld ‘vijandige daad’ of een handeling met een fysieke component.[555]

2.7.3.3 ‘Feitelijkheid’: rechtspraak

De rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot art. 242 en 246 Sr biedt inmiddels uiteenlopende typen gedragingen die een ‘feitelijkheid’ kunnen opleveren, zoals fysieke handelingen (bijvoorbeeld het stevig vastpakken van het slachtoffer[556]), het bezigen van gebiedende taal (bijvoorbeeld het door op dwingende toon gebieden gebukt te gaan staan[557]), het aanwenden van gezag of overwicht (bijvoorbeeld het zich opzettelijk uitgeven als ‘profeet Gods’ en zeggen dat het ondergaan van seksuele handelingen een opdracht van God is[558]), onverhoeds seksueel handelen (bijvoorbeeld het onverhoeds vastpakken van iemands borsten[559]) en handelen in een situatie waarin het slachtoffer zich onafhankelijk van de verdachte niet aan dat handelen kan onttrekken (bijvoorbeeld het betasten van een rijcursiste tijdens een rijles[560]).[561]

Uit deze staalkaart van ‘feitelijkheden’ blijkt dat de Hoge Raad zijn interpretatie niet heeft beperkt tot handelingen met een bedreigend karakter. Dat karakter ontbreekt bijvoorbeeld bij onverhoedse seksuele betastingen. In dat opzicht lijkt aan deze voorbeelden de conclusie te kunnen worden verbonden

555 Zie Lindenberg 2007, p. 105-131, 202-203, waar de betreffende wetsgeschiedenis (die van de Stakingswet van 1903, waarbij de dwangmiddelen ‘feitelijkheid’ en ‘bedreiging met een feitelijkheid’ aan art. 284 Sr werden toegevoegd) uitvoerig wordt besproken.

556 HR 11 juni 1996, *NJ* 1996/672 (art. 242 Sr). Een ander voorbeeld is het op het slachtoffer gaan liggen en blijven liggen (HR 3 november 1998, *NJ* 1999/125; Dwang tot voortzetting van gemeenschap; art. 242 Sr).

557 HR 18 februari 1997, *NJ* 1997/485 m.nt. ’t Hart (Gebiedende huisarts; art. 242 Sr). Andere voorbeelden zijn: het zeggen ‘Je zorgt maar dat je er dan en dan bent’ (HR 30 september 1997, *NJ* 1998/116; Stiefouderlijk gezag; art. 242 Sr), iemand met een verstandelijke beperking bevelen zich uit te kleden (HR 2 februari 1999, *NJ* 1999/312, art. 242 Sr; HR 10 oktober 2006, *NJ* 2006/624, m.nt. Buruma, art. 242 Sr), het tegen het slachtoffer zeggen dat hij op het bed moet gaan liggen en zijn kleren uit moet trekken (HR 10 september 2002, *NJ* 2002/500; art. 242 en 246 Sr) en het met barse stem toespreken van het slachtoffer (HR 2 december 2003, *NJ* 2004/78; Afhankelijkheidsrelatie; art. 242 Sr).

558 HR 31 oktober 2000, *Rechtspraak Nemesis* 1326; art. 242 Sr. Een vergelijkbare uitspraak kan worden gevonden in HR 27 augustus 2013, *NJ* 2013/427 (Inspelen op godvruchtigheid; art. 242 Sr). Zie voorts o.m. HR 30 september 1997, *NJ* 1998/116 (Stiefouderlijk gezag; art. 242 Sr); (impliciet) HR 7 april 1998, *NJ* 1998/646 (art. 242 Sr); HR 16 november 1999, *NJ* 2000, 125 (art. 242 Sr); HR 10 september 2002, *NJ* 2002/500 (art. 242 en 246 Sr). In zijn noot onder HR 10 oktober 2006, *NJ* 2006/624 (art. 242 Sr) bespreekt Buruma verschillende categorieën van overwicht.

559 HR 13 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4825. Zie voorts HR 22 juni 2004, *NJ* 2004/439 (derde feit; zie voor nadere informatie hierover de conclusie van A-G Jörg voor dit arrest, o. 18 e.v., niet opgenomen in de NJ, maar wel gepubliceerd in ECLI:NL:PHR:2004:AO8315) en HR 16 november 2004, *NJ* 2005/20.

560 HR 20 april 1999, *NJ* 1999/512 (Rijinstructeur; art. 246 Sr).

561 Deze opsomming is ontleend aan Lindenberg 2007, p. 208-209 en de conclusie van A-G Hofstee voor HR 27 augustus 2013, *NJ* 2013/427. De verschillende feitelijkheden worden ook besproken in Van den Brink & Milani 2014, p. 44-45.

dat de Hoge Raad zich heeft aangesloten bij de betekenis die de commissie-Melai aan de 'feitelijkheden' gaf: gedragingen die in de gegeven omstandigheden iemand kunnen dwingen de seksuele handelingen te dulden of te plegen. Toch is er aanleiding bij deze conclusie vraagtekens te zetten. Met betrekking tot de fundamentele vraag of inderdaad alle potentieel dwingende handelingen een 'feitelijkheid' kunnen zijn, geeft de jurisprudentie van de Hoge Raad als geheel namelijk een ambivalente indruk. Om dit te kunnen verduidelijken worden nu twee arrestenreeksen over 'door een feitelijkheid dwingen' onder het vergrootglas gelegd, waarna op de vraag wordt teruggekomen.

Bij de eerste reeks arresten lijkt de Hoge Raad een vaste werkwijze te hanteren: eerst wordt getoetst of de rechter tot de slotsom heeft kunnen komen dat het slachtoffer door de verdachte werd gedwongen. Indien de rechter dat heeft kunnen doen, dan getuigt het volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting dat de in de bewezenverklaring voorkomende gedragingen die tot het dwanggevolg hadden geleid, als 'feitelijkheid' zijn aangemerkt. In de volgende fragmenten is deze structuur geaccentueerd door toegevoegde cursiveringen:

1. HR 18 februari 1997, *NJ* 1997/485 m.nt. 'tH (Gebiedende huisarts; art. 242 Sr)
'In aanmerking genomen dat de verdachte, naar het Hof blijkens de gebezigde bewijsmiddelen heeft vastgesteld, het slachtoffer W. als patiënt in zijn huisartsenpraktijk had, is 's Hofs oordeel dat het in het middel bedoelde optreden van de verdachte — te weten dat hij die W. in zijn spreekkamer op dwingende toon gebood gebukt te gaan staan — op haar een zodanige psychische druk opleverde dat zij daaraan geen weerstand kon bieden, niet onbegrijpelijk.
Door uitgaande van dat oordeel dat optreden aan te merken als een feitelijkheid als bedoeld in art. 242 Sr heeft het Hof geen blijk gegeven van een verkeerde rechtsopvatting.

2. HR 30 september 1997, *NJ* 1998/116 (Stiefouderlijk gezag; art. 242 Sr)
'Op grond van deze vaststellingen heeft het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat verdachtes optreden jegens het slachtoffer voor haar een zodanige psychische druk opleverde dat zij daaraan — ook al woonde zij niet meer bij de verdachte in huis en was zij inmiddels 24 jaar oud — geen weerstand kon bieden en zich gedwongen voelde aan verdachtes bevelen te voldoen. *Daarvan uitgaande* geeft 's Hofs oordeel dat het (...) bewezenverklaarde optreden van de verdachte jegens het slachtoffer een feitelijkheid in de zin van art. 242 Sr opleverde geen blijk van miskenning van die bepaling.'

3. HR 23 maart 1999, NJ 1999/419 (Body pictures; art. 242 Sr)
'Gelet op deze bewezenverklaring en op hetgeen (...) als nadere bewijsoverweging is weergegeven, heeft het Hof geoordeeld dat de slachtoffers door de uit de gebezigde bewijsmiddelen blijkende gedragingen van de verdachte telkens zodanig onder psychische druk zijn gezet dat zij daaraan geen weerstand konden bieden en aldus door de gecreëerde bedreigende situatie zich niet meer adequaat durfden en konden verzetten en zich gedwongen voelden tot het ondergaan van handelingen die mede bestonden uit het sexueel binnendringen van hun lichaam. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk mede tegen de achtergrond van de door het Hof gegeven uitleg van de tenlastelegging en in het licht van het verhandelde ter terechtzitting.
Door uitgaande van dat oordeel de in de tenlastelegging en bewezenverklaring omschreven gedragingen van de verdachte telkens (...) aan te merken als feitelijkheden als bedoeld in art. 242 Sr heeft het Hof niet blijk gegeven van een verkeerde rechtsopvatting.'

4. HR 20 april 1999, NJ 1999/512 (Rijinstructeur; art. 246 Sr)
'Het middel behelst de klacht dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het verrichten van seksuele handelingen tijdens een rijles op het moment dat de slachtoffers bezig waren een auto te besturen een "andere feitelijkheid" in de zin van art. 246 Sr oplevert. *Aangezien het Hof* blijkens de gebezigde bewijsmiddelen heeft vastgesteld dat (...) het voor de slachtoffers zeer moeilijk was zich tijdens de rijlessen aan verdachtes handelingen te onttrekken, geeft zijn oordeel dat de omstandigheid dat de ontuchtige handelingen plaatsvonden tijdens het besturen van een auto een feitelijkheid oplevert waardoor de slachtoffers werden gedwongen tot het plegen of dulden van die handelingen, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

5. HR 10 september 2002, *NJ* 2002/500 (ar. 246 Sr)
'Op grond van deze vaststellingen heeft het Hof kennelijk en mede in aanmerking genomen het uit verdachtes leeftijd voortvloeiende fysieke en/of geestelijke overwicht niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de gedragingen van de verdachte jegens Raymond voor deze een zodanige psychische druk opleverden dat hij daaraan geen weerstand kon bieden en zich gedwongen voelde aan verdachtes wensen te voldoen. *Door uitgaande van dat oordeel* die gedragingen aan te merken als feitelijkheden als bedoeld in art. 246 Sr, heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.'

6. HR 10 oktober 2006, *NJ* 2006/624 m.nt. Buruma (art. 242)
'Het Hof heeft verder kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat, gelet op de geringe weerbaarheid van het slachtoffer waarvan de verdachte op de hoogte was, de gedragingen en de mondelinge uitlatingen van de verdachte een zodanig lichamelijk en geestelijk overwicht opleverden dat het slachtoffer daaraan geen weerstand kon bieden en zich gedwongen voelde aan verdachtes wensen te voldoen. *Gelet op het voorgaande* geeft het oordeel van het Hof dat sprake is geweest van 'door feitelijkheden dwingen' als bedoeld in 242 Sr, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd.'

Uit deze arresten zou opgemaakt kunnen worden dat de Hoge Raad inderdaad de lijn van de commissie-Melai volgt (feitelijkheden zijn gedragingen die in de gegeven omstandigheden iemand kunnen dwingen de seksuele handelingen te dulden of te plegen). Zoals gezegd lijkt de algemene redeneerstructuur immers te zijn: het hof heeft de dwang kunnen aannemen en als gevolg daarvan heeft het hof het middel ook als feitelijkheid kunnen aanmerken.[562]

Met een meer genuanceerde blik kan echter ook worden waargenomen dat de Hoge Raad in de arresten genoemd onder nr. 1, 2, 3, en 5 het middel omschrijft in termen van 'psychische druk' ('een zodanige psychische druk dat'). Het arrest onder nr. 6 lijkt ook in die categorie te passen ('een zodanig lichamelijk en geestelijk overwicht dat'). Zou het alleen om deze arresten gaan, dan zou daaraan nog niet de conclusie kunnen worden verbonden dat de Hoge Raad elke dwingende gedraging als feitelijkheid zou aanmerken, maar hooguit dat het uitoefenen van psychische druk in het algemeen een feitelijkheid kan opleveren. Het is de overweging in het arrest onder nr. 4 (Rijinstructeur) die de reeks uitspraken een ruimere strekking kan geven. Daarin schijnt de aard van het middel er niet toe te doen; het gedwongen-zijn (hier verwoord als: zich moeilijk kunnen onttrekken) is klaarblijkelijk voldoende grondslag voor het kunnen aannemen van een 'feitelijkheid'. Dat suggereert dat de alge-

562 Vgl. Lindenberg 2007, p. 209-210.

mene vaststelling van de dwang doorslaggevend is geweest in alle arresten, wat zoals gezegd neer lijkt te komen op de ruime opvatting van de commissie-Melai. Toch kan ook hier worden tegengeworpen dat, hoewel het in dit arrest door de Hoge Raad niet is geëxpliciteerd, de specifieke wijze van dwingen voor het oordeel van belang kan zijn geweest. Vanuit dat perspectief kan de ruime strekking in de zin van de commissie-Melai niet zonder meer worden gegrond op deze reeks arresten.

De ambivalente indruk waar eerder op werd gedoeld, is in het bovenstaande te herkennen. Aan de hand van deze arresten kan een algemene materieelrechtelijke definitie worden verdedigd (de ruime definitie van de commissie-Melai), maar kan ook worden betoogd dat de arresten louter iets zeggen over de middelen waarvan in het concrete geval sprake was.

Sinds 2006 is de Hoge Raad overgestapt op een nieuw type toetsing, waarbij telkens de in aanmerking komende vormen van ‘door een feitelijkheid dwingen’ worden opgesomd. Omdat, zoals dadelijk zal blijken, ook over de betekenis van deze arresten verschillend kan worden gedacht, blijft onzekerheid bestaan over de reikwijdte van de ‘feitelijkheden’. In de onderstaande fragmenten zijn de nieuwe criteria gecursiveerd. Op voorhand kan worden gemeld dat de criteria in alle arresten nagenoeg identiek zijn verwoord, met als enig opvallend verschil dat in het laatste arrest de uitdrukking ‘naar redelijke verwachting’ is ingevlochten.

> 7. HR 12 december 2006, *NJ* 2007/422 m.nt. Buruma (Ambulancechef; art. 242 en 246 Sr).
> ‘(...) [U]it die bewijsmiddelen kan niet worden afgeleid dat telkens sprake was van ‘door een feitelijkheid dwingen’ in de zin van art. 242 Sr, respectievelijk art. 246 Sr. Uit die bewijsmiddelen kan immers niet zonder meer volgen dat de verdachte *opzettelijk een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of de aangeefsters in een zodanige afhankelijkheidssituatie heeft gebracht, dat zij zich daardoor niet tegen die handelingen konden verzetten, of dat de verdachte de aangeefsters heeft gebracht in een zodanige, door hem opzettelijk veroorzaakte, (bedreigende) situatie dat het daardoor voor haar zo moeilijk was om zich aan die handelingen te onttrekken* dat er sprake was van dwang van de kant van de verdachte (...)’[563]
>
> 8. HR 2 juni 2009, *NJ* 2009/307 (Massage; art. 246 Sr)
> ‘Uit de gebezigde bewijsmiddelen kan niet zonder meer volgen dat de verdachte *opzettelijk een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of het slachtoffer in een zodanige afhankelijkheidssituatie heeft gebracht, dat zij zich daardoor niet tegen de seksuele handelingen kon verzetten, of dat de verdachte het slachtoffer heeft gebracht in een zodanige, door hem opzettelijk veroorzaakte (bedreigende) situatie dat het voor haar zo moeilijk was om zich aan die handelingen te onttrekken* dat er sprake was van dwang van de kant van de verdachte (vgl. HR 12 december 2006, LJN AY7767, NJ 2007, 422).’
>
> 9. HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/438, m.nt. Keijzer (Vader en dochter; art. 242 Sr)
> ‘Uit de feiten en omstandigheden zoals daarvan blijkt uit de bewijsmiddelen die het Hof heeft gebezigd, kan niet zonder meer worden afgeleid dat telkens sprake was van 'door een feitelijkheid dwingen' in de zin van art. 242 Sr, gelijk is bewezenverklaard. Uit de bewijsmiddelen kan immers niet zonder meer volgen dat de verdachte *opzettelijk tegenover zijn dochter een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of haar in een zoda-*

563 Vgl. Lindenberg 2007, p. 209-210.

> *nige afhankelijkheidssituatie heeft gebracht dat zij zich daardoor niet tegen die handelingen kon verzetten, of dat de verdachte haar heeft gebracht in een zodanige, door hem opzettelijk veroorzaakte, (bedreigende) situatie dat het daardoor voor haar zo moeilijk was om zich aan die handelingen te onttrekken* dat er sprake was van dwang van de kant van de verdachte (vgl. HR 12 december 2006, LJN AY7767, NJ 2007/422).'
>
> 10. HR 27 augustus 2013, NJ 2013/427 (Inspelen op godvruchtigheid; art. 242 Sr)
> 'Van door een feitelijkheid dwingen als hiervoor bedoeld kan sprake zijn indien de verdachte *opzettelijk een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of het slachtoffer in een zodanige afhankelijkheidssituatie heeft gebracht dat het slachtoffer zich daardoor naar redelijke verwachting niet tegen die handelingen heeft kunnen verzetten, of dat de verdachte het slachtoffer heeft gebracht in een zodanige door hem veroorzaakte (bedreigende) situatie dat het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet aan die handelingen heeft kunnen onttrekken.* Of zulk een dwang zich heeft voorgedaan, laat zich niet in het algemeen beantwoorden, maar hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.'

De Hoge Raad gebruikt in deze arresten een trits van criteria.[564] De formulering daarvan is wat geserreerd. Gelet op wat kennelijk uit het oogpunt van efficiënte zinsbouw impliciet is gebleven, lijken de criteria in hun volledigheid als volgt te luiden (daarbij wordt de toevoeging 'naar redelijke verwachting' uit het laatste arrest meegenomen).

> Uit de bewijsmiddelen moet kunnen volgen dat de verdachte:
>
> (I) opzettelijk een zodanige psychische druk op het slachtoffer heeft uitgeoefend dat het slachtoffer zich daardoor naar redelijke verwachting niet tegen die handelingen heeft kunnen verzetten, of
>
> (II) opzettelijk het slachtoffer in een zodanige afhankelijkheidssituatie heeft gebracht dat het slachtoffer zich daardoor naar redelijke verwachting niet tegen die handelingen heeft kunnen verzetten, of
>
> (III) het slachtoffer heeft gebracht in een zodanige, door hem opzettelijk veroorzaakte (bedreigende) situatie dat het slachtoffer zich daardoor zich naar redelijke verwachting niet aan die handelingen heeft kunnen onttrekken.

Men kan zich afvragen of deze nieuwe formulering een vertaling is van de eerder besproken arresten onder nr. 1 tot en met 6. Wat in ieder geval opvalt is dat het bij deze criteria vooral lijkt te gaan om het uitoefenen van psychische druk. Bij het eerste criterium is dat expliciet gemaakt. Bij het tweede wordt ogenschijnlijk ook op psychische druk gedoeld, gelet op wat de Hoge Raad in eerdere arresten al over afhankelijkheidssituaties heeft overwogen. In die arresten komt naar voren dat het enkele bestaan van een afhankelijkheidsrelatie onvoldoende is voor het aannemen van 'door een feitelijkheid dwingen', evenals gevallen waarin de afhankelijkheidssituatie mogelijk wel werd misbruikt door de verdachte, maar niet goed bleek of dat aan de zijde

564 Overigens zij opgemerkt dat de trits wordt gebruikt in gevallen waarin het hof de handelingen niet heeft kunnen aanmerken als 'door een feitelijkheid dwingen' (arresten onder nr. 7, 8 en 9), maar ook in gevallen waarin het hof dat wel heeft kunnen doen (arrest onder nr. 10).

van het slachtoffer ook als onvrijwillig was ervaren.[565] Het aanwenden van de afhankelijkheid lijkt dus alleen relevant te kunnen zijn wanneer dit door het slachtoffer als onvrijwillig werd ervaren. Dit duidt erop dat ook altijd sprake moet zijn geweest van psychische druk. Wat het derde criterium betreft, impliceert de toevoeging '(bedreigende)' dat psychische druk ook hier een belangrijke rol speelt.

De genoemde toevoeging '(bedreigende)' bij het derde criterium draagt bij aan de onduidelijkheid van de nieuwe reeks arresten. Die onduidelijkheid begint bij het feit dat niet vaststaat of de nieuwe criteria een uitputtende definitie vormen voor het 'door een feitelijkheid dwingen'.[566] In de arresten onder nr. 7, 8 en 9 lijken de criteria uitputtend te worden gebruikt (zo stelt de Hoge Raad in nr. 7 en nr. 9 dat 'immers' niet aan de criteria is voldaan). Daarentegen wordt in het arrest onder nr. 10 slechts overwogen dat van 'door een feitelijkheid dwingen' sprake *kan* zijn in de genoemde gevallen. Indien de criteria niet uitputtend zijn bedoeld, dan blijft ongewis onder welke omstandigheden zij moeten worden toegepast. Ervan uitgaande dat de criteria uitputtend zijn[567], is de volgende vraag of de toevoeging '(bedreigende)' een optie of een vereiste weergeeft. Is steeds vereist dat de situatie bedreigend was? Dit lijkt niet erg waarschijnlijk. Ten eerste zou dan mogen worden verwacht dat de toevoeging volwaardig in het criterium zou zijn opgenomen, dus zonder de gebruikte haakjes. Ten tweede zou deze restrictie tot gevolg hebben dat bepaalde, in vroegere arresten aangenomen 'feitelijkheden' niet aan de nieuwe criteria zouden voldoen. In het bijzonder kan worden gedacht aan het onverhoeds handelen. Kenmerkend voor aanranding door onverhoeds handelen (bijvoorbeeld het plotseling grijpen van de borsten van een vrouw) is niet dat het slachtoffer bang wordt door een bedreigende sfeer, maar dat het slachtoffer op het handelen niet is bedacht. Onverhoeds handelen heeft een 'overvalkarakter'.[568] Het ligt niet voor de hand dat de Hoge Raad zou 'omgaan' op het gebied van onverhoeds handelen zonder dat daaraan uitdrukkelijk aandacht wordt besteed.

Indien wordt aangenomen dat de toevoeging '(bedreigend)' niet essentieel is en dus kan worden weggedacht, dan lijkt het derde criterium in de buurt te komen van de eerder besproken ruime strekking van het arrest onder nr. 4 (Rijinstructeur) en wijzen de criteria als geheel weer meer in de richting van

---

565 HR 2 december 2003, *NJ* 2004/78; HR 27 maart 2007, *NJ* 2007/288 (zie ook het hierboven onder nr. 7 opgenomen arrest: HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/438, m.nt. Keijzer (Vader en dochter)).

566 Volledigheidshalve zij vermeld dat HR 27 maart 2007, *NJ* 2007/288 wel in de periode van de arresten nrs. 7 tot en met 10 is gewezen, maar het stramien uit die arresten niet uitdrukkelijk volgt. Toch zegt het betreffende arrest weinig over de vraag of de onderhavige definities uitputtend zijn, omdat het inhoudelijk oordeel past bij de in die reeks arresten geformuleerde criteria.

567 Uit zijn conclusie voor HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/438, m.nt. Keijzer (Vader en dochter) blijkt dat A-G Aben uitgaat van een exclusief criterium. Hij overweegt: 'Voor het bewijs van "door een feitelijkheid dwingen" in de zin van art. 242 Sr moet uit de bewijsmiddelen kunnen volgen dat de verdachte ...' (er volgt een weergave van de trits van criteria; zie o. 3.4).

568 Vgl. A-G Machielse in zijn conclusie voor HR 16 november 2004, *NJ* 2005/20.

de door de commissie-Melai gegeven definitie (feitelijkheden zijn gedragingen die in de gegeven omstandigheden iemand kunnen dwingen de seksuele handelingen te dulden of te plegen). Er is echter ook hier nog een belangrijk verschil aan te wijzen. Voor de duiding van dit verschil wordt het derde criterium hier in zijn volledigheid herhaald, met toegevoegde, nieuwe cursiveringen:

> 'Uit de bewijsmiddelen moet kunnen volgen dat de verdachte (...)
>
> (III) het slachtoffer *heeft gebracht* in een zodanige, *door hem opzettelijk veroorzaakte* (bedreigende) *situatie* dat het slachtoffer zich *daardoor* naar redelijke verwachting niet aan die handelingen heeft kunnen onttrekken.'

Het derde criterium koppelt het ontstaan van de onmachtssituatie waarin het slachtoffer zich bevindt, aan het handelen van de verdachte. De verdachte dient het slachtoffer in die situatie te hebben gebracht en die situatie opzettelijk hebben veroorzaakt. Voorts moet het slachtoffer zich 'daardoor', dus door de opzettelijk door de verdachte veroorzaakte situatie, niet hebben kunnen verzetten. Deze eisen zullen nu worden gerelateerd aan drie typen gedragingen: onverhoeds handelen; het betasten van de rijdende onervaren rijcursiste zoals aan de orde was in het arrest onder nr. 4, en ten slotte het handelen tegenover iemand die fysiek niet in staat is zich voldoende te verweren.

Wat onverhoeds handelen betreft, rijst de vraag of het onverhoeds handelen zelf al als 'opzettelijk veroorzaakte situatie' kan worden aangemerkt waarin de verdachte het slachtoffer heeft 'gebracht' en 'waardoor' het slachtoffer zich niet aan de seksuele handelingen heeft kunnen onttrekken. Gedacht zou kunnen worden aan een vrouw die in een overvolle treincoupé plotseling van achteren seksueel wordt betast door een medepassagier. Heeft die medepassagier haar in de situatie gebracht als in de hiervoor bedoelde zin? Het antwoord kan niet direct uit de terminologie van het derde criterium worden afgeleid.

De casus van de rijinstructeur die zijn onervaren rijcursiste betastte tijdens het rijden (arrest onder nr. 4) is los te zien van onverhoeds handelen, omdat de situatie waarin de rijcursiste zich bevond op zichzelf al doorslaggevend was voor het moeten ondergaan van die handelingen (door de rijsituatie hoefde de instructeur niet onverhoeds te handelen om zijn betastingen te kunnen verrichten). Dat leidt, aan de hand van de onderhavige criteria, tot de vraag of de situatie van de rijcursiste als een door de rijinstructeur 'opzettelijk veroorzaakte situatie' kan worden aangemerkt waarin de rijinstructeur haar heeft 'gebracht'. Ook hier kan het antwoord niet direct uit de terminologie worden afgeleid. Van welke omstandigheden moet het antwoord afhankelijk worden gesteld? Het is in ieder geval zo dat een rijinstructeur een rijcursiste doorgaans ophaalt en voor haar plaats maakt. Is dat voldoende? Moeilijker is het geval dat een autorijdende vrouw niet-onverhoeds wordt betast door een naast haar zittende man die zijzelf heeft opgehaald. Heeft deze man haar in de bedoelde situatie gebracht in de zin van het derde criterium? Het lijkt erop dat de terminologie van dit criterium hier niet meer hanteerbaar is.

De beperkingen van de begrippen in het derde criterium komen nog sterker tot uiting in een geval waarin het slachtoffer fysiek weerloos is, maar waarbij die weerloosheid door de dader wordt aangetroffen. Deze kwestie raakt het verband tussen art. 243 en 247 Sr enerzijds en art. 242 en 246 Sr anderzijds. In paragraaf 2.5.3 is aan de orde geweest dat voor het bestanddeel 'lichamelijke onmacht' in art. 243 en 247 Sr sprake moet zijn van een 'bij het slachtoffer zelf bestaand onvermogen tot handelen' dat moet zijn veroorzaakt door een van binnenuit werkende omstandigheid. Directe belemmeringen van de bewegingsvrijheid van buitenaf, zoals een vastgebonden-zijn of een vastgeklemd-zitten, leveren in dat opzicht geen 'lichamelijke onmacht' op als bedoeld in art. 243 en 247 Sr. Wanneer een verdachte het slachtoffer in een dergelijke situatie heeft aangetroffen (vastgebonden of vastgeklemd) en van die situatie misbruik heeft gemaakt door het slachtoffer seksueel te betasten, komt het voor de strafbaarheid dus grotendeels[569] aan op de vraag of dit handelen kan worden aangemerkt als 'door een feitelijkheid dwingen' in de zin van art. 242 en 246 Sr. Omdat de dader hier duidelijk niets van doen heeft met het ontstaan van de onmachtssituatie, lijkt het niet mogelijk om zeggen dat het gaat om een door de dader 'opzettelijk veroorzaakte situatie' waarin de dader het slachtoffer heeft 'gebracht', en lijkt het vooral niet mogelijk om te zeggen dat het slachtoffer zich *door* die opzettelijk veroorzaakte situatie niet kon onttrekken. Uitgaande van het limitatieve karakter van de trits van criteria (arresten onder nr. 7 tot en met 10), leidt dit tot de conclusie dat het beschreven misbruik van de al bestaande onmachtssituatie, niet onder verkrachting of aanranding kan worden gebracht.

Wanneer wordt gekeken naar de overweging in het arrest onder nr. 4 (Rijinstructeur), dan is interessant dat daarin voor alle genoemde gevallen juist wel ruimte wordt geboden. De Hoge Raad overwoog 'dat de omstandigheid dat de ontuchtige handelingen plaatsvonden tijdens het besturen van een auto een feitelijkheid oplevert waardoor de slachtoffers werden gedwongen tot het plegen of dulden van die handelingen' geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. De feitelijkheid wordt hier niet uitsluitend gekenmerkt door het *veroorzaken* van een situatie waarin het slachtoffer weerloos is, maar ook door het handelen *ondanks* een situatie waarin het slachtoffer weerloos is. Vanuit dit ruimere perspectief is het onverhoeds betasten, het betasten van iemand die autorijdt en het betasten van iemand zich al in een fysiek belemmerende situatie bevindt, als 'door een feitelijkheid dwingen' aan te merken. Ditzelfde lijkt te gelden voor de ruime definitie van de commissie-Melai: feitelijkheden zijn gedragingen die in de gegeven omstandigheden iemand kunnen dwingen de seksuele handelingen te dulden of te plegen.

Er kunnen dus verschillen worden aangewezen tussen de nieuwe criteria (arresten onder nr. 7 tot en met 10) enerzijds en de uitleg in het arrest onder nr. 4 (Rijinstructeur) en die van de commissie-Melai anderzijds, welke ver-

---

569 Hoewel allerminst typerend, zou bij bepaalde situaties het lichte delict 'schennis van de eerbaarheid' in stelling kunnen worden gebracht. Zie over deze schennispleging door middel van betastingen: p. 139 e.v.

schillen kunnen leiden tot een wezenlijk andere betekenis van 'door een feitelijkheid dwingen'.

Voorafgaand aan de bespreking van de arresten onder nr. 1 tot en met 10 is de vraag opgeworpen of de Hoge Raad zich heeft aangesloten bij de betekenis die de commissie-Melai aan de 'feitelijkheden' gaf: gedragingen die in de gegeven omstandigheden iemand kunnen dwingen de seksuele handelingen te dulden of te plegen. Daarbij werd opgemerkt dat die fundamentele vraag zich niet eenvoudig laat beantwoorden, omdat de jurisprudentie van de Hoge Raad een ambivalente indruk geeft. In de voorgaande bespreking van de arresten is gepoogd dat te illustreren. Onduidelijk blijft of alle vormen van afgedwongen seks onder art. 242 en 246 Sr vallen, of dat het bestanddeel 'feitelijkheid' toch beperkingen stelt aan de strafbaarheid van afgedwongen seks. Zo er beperkingen worden gesteld, blijkt niet goed wat daarvan de inhoud is.

2.7.3.4 Algemene kenmerken van 'dwingen'

De kenmerken van het bestanddeel 'dwingen' zijn door de Hoge Raad nooit integraal weergegeven, maar uit de jurisprudentie zijn wel de belangrijkste kenmerken af te leiden.[570]

Om te beginnen dient de handeling tegen de wil van het slachtoffer te zijn verricht.[571] Onvrijwilligheid is dus een essentieel kenmerk. Daarnaast dient het voor het slachtoffer zeer moeilijk te zijn geweest om zich aan de handelingen te onttrekken. Dit kenmerk van 'onvermijdbaarheid' kan worden herkend in de tekstfragmenten van de arresten onder nr. 1 tot en met 10, zoals besproken in de vorige paragraaf (2.7.3.3). In het arrest onder nr. 10 valt op dat de Hoge Raad de formulering iets heeft aangepast ten opzichte van de eerdere arresten. Het gaat om handelingen waaraan het slachtoffer zich 'naar redelijke verwachting' niet heeft kunnen onttrekken.[572] Ten slotte dient de dader opzettelijk te hebben gehandeld. Dit opzet ligt in 'dwingen' besloten en richt zich op zowel het niet-willen van het slachtoffer[573] als de omstandigheid dat het

---

570 Vgl. Lindenberg 2007, p. 132-191.

571 Vgl. o.m. HR 14 maart 1989, *DD* 89.323 (art. 242 Sr); HR 29 november 1994, *NJ* 1995/201 (Centrale deurvergrendeling; art. 242 Sr); HR 24 maart 1998, *NJ* 1998/534, m.nt De Hullu (Misleiding tijdens halfslaap, art. 242 Sr); HR 3 november 1998, *NJ* 1999/125 (Dwang tot voortzetting van gemeenschap, art. 242 Sr); HR 13 september 2005, *NJ* 2006/234 (Seksueel getinte vernederingen, art. 284 Sr); HR 12 december 2006, *NJ* 2007/422 m.nt. Buruma (Ambulancechef; art. 242 en 246 Sr); HR 9 oktober 2007, *NJ* 2007/555. Zie Lindenberg 2007, p. 134.

572 Zie over de onvermijdbaarheid voorts Lindenberg 2007, p. 139-155 en de conclusie van A-G Knigge voor HR 2 juni 2009, *NJ* 2009/307 (Massage; art. 246 Sr).

573 Dit kan worden afgeleid uit de arresten genoemd in noot 571. In die arresten wordt doorgaans de overweging gebruikt dat van 'door een feitelijkheid dwingen' slechts sprake kan zijn 'indien de verdachte door die feitelijkheid opzettelijk heeft veroorzaakt dat het slachtoffer die handelingen tegen zijn of haar wil' heeft ondergaan, gepleegd of geduld.

slachtoffer zich niet of alleen zeer moeilijk aan het handelen kon onttrekken.[574]

Bij het vereiste van onvrijwilligheid aan de zijde van het slachtoffer kan worden opgemerkt dat het blijkens verschillende arresten van de Hoge Raad kennelijk dient te gaan om besefte onvrijwilligheid, dat wil zeggen: om onvrijwilligheid die als zodanig door het slachtoffer ten tijde van de handelingen werd ervaren.[575] Handelingen die het slachtoffer niet heeft gemerkt, die door hem ten tijde van de handelingen niet als bedreigend of vervelend zijn ervaren of waaraan door hem gewillig is meegewerkt, lijken dus geen 'dwingen' te kunnen opleveren in de zin van art. 242 en 246 Sr.

Aan de hand van de besproken kenmerken van 'dwingen' kan worden geïnventariseerd welke gevallen daaraan in het algemeen niet beantwoorden.[576]

Ten eerste sluit de eis van 'besefte onvrijwilligheid' uit dan een slachtoffer zuiver door misleiding kan zijn gedwongen. Misleiding kan wel bijdragen aan het opvoeren van psychische druk, wat op zijn beurt 'dwingen' kan opleveren, zoals het gebruik van een neppistool als dwangmiddel. Maar het enkel op het verkeerde been zetten van het slachtoffer is onvoldoende.[577] Gedacht kan worden aan het geval dat een geblinddoekte vrouw niet bemerkt dat zij niet alleen met haar partner, maar ook met een ander geslachtsgemeenschap heeft gehad die met die partner tersluiks van plaats was gewisseld.[578] Omdat

---

574 Zie de arresten onder nr. 7 tot en met 10 in paragraaf 2.7.3.3. In de vaste trits criteria (zie de cursiveringen in de opgenomen fragmenten) is het woord 'opzettelijk' telkens op zodanige wijze geplaatst dat het ook deze omstandigheid omvat.

575 Vgl. De Hullu in zijn noot onder HR 24 maart 1998, *NJ* 1998/534 (Misleiding tijdens halfslaap; art. 242 Sr). Zie hierover voorts Lindenberg 2007, p. 156-169, waar in dit verband onder meer de volgende arresten worden besproken: HR 9 mei 1995, *DD* 95.346 (art. 242 en 246 Sr); HR 13 juni 1995, *DD* 95.387 (Deur op de knip; art. 242 Sr); HR 24 maart 1998, *NJ* 1998/534, m.nt De Hullu (Misleiding tijdens halfslaap; art. 242 Sr); HR 3 november 1998, *NJ* 1999/125 (Dwang tot voortzetting van gemeenschap; art. 242 Sr); HR 2 december 2003, *NJ* 2004/78 (Afhankelijkheidsrelatie; art. 242 Sr); HR 22 juni 2004, *NJ* 2004/439 (Penningmeester speeltuin; art. 246 Sr). Voorts kan worden gewezen op HR 12 december 2006, *NJ* 2007/422 m.nt. Buruma (Ambulancechef; art. 242 en 246 Sr). Kort gezegd is het gemeenschappelijke karakter van deze arresten dat steeds een gebrek is geconstateerd in de ervaring van het slachtoffer, welk gebrek leidde tot het niet kunnen aannemen van een 'dwingen' op dat punt.

576 De besproken onderdelen zijn grotendeels ontleend aan Lindenberg 2013b.

577 Vgl. o.m. HR 9 mei 1995, *DD* 95.346 (art. 242 en 246 Sr); HR 24 maart 1998, *NJ* 1998/534, m.nt De Hullu (Misleiding tijdens halfslaap, art. 242 Sr); HR 22 juni 2004, *NJ* 2004/439 (Penningmeester speeltuin; art. 246 Sr); HR 12 december 2006, *NJ* 2007/422 m.nt. Buruma (Ambulancechef; art. 242 en 246 Sr); HR 9 oktober 2007, *NJ* 2007/555. Zie hierover ook de conclusie van A-G Knigge voor het laatstgenoemde arrest (o. 11 e.v.) en voorts Lindenberg 2007, p. 156-169, Lindenberg 2013a en Lindenberg 2013b.

578 Gebaseerd op de casus in HR 9 oktober 2007, *NJ* 2007/555. In zijn conclusie voor dit arrest overwoog A-G Knigge naar aanleiding van deze casus (o. 11): 'Weliswaar was het slachtoffer niet op de hoogte van het feit dat zij (...) ook met een ander dan verdachte geslachtsgemeenschap had – zodat de geslachtsgemeenschap in zoverre een onvrijwillig karakter lijkt te hebben gehad – maar daarvoor geldt, hoe grof en stuitend het optreden van verdachte ook was, dat misleiding en bedrog iets anders is dan dwang. Men kan het betreuren, maar "seksuele oplichting" valt buiten het bereik van de strafwet (vgl. HR 24 maart 1998, *NJ* 1998, 534 m.nt. JdH en HR 11 oktober 2005, *NJ* 2006, 614).'

seksuele misleiding ook niet in een andere bepaling algemeen strafbaar is gesteld[579], wilde de wetgever in het wetgevingstraject dat leidde tot de Partiële wijziging zedelijkheidswetgeving in 2002 aanvankelijk deze 'kleine leemte'[580] opvullen door middel van een specifieke strafbaarstelling.[581] De geraadpleegde adviesorganen vreesden dat de bepaling te ruim zou worden toegepast en adviseerden van de strafbaarstelling af te zien.[582] Op grond daarvan werd dit onderdeel van het wetsvoorstel ingetrokken.[583]

Ten tweede kan op grond van het vereiste van 'besefte onvrijwilligheid' tot de conclusie worden gekomen dat gevallen van heimelijk filmen met een seksuele strekking (zoals het heimelijk filmen van personen die zich uitkleden) in de regel niet binnen de reikwijdte van 'dwingen' vallen en daarom geen aanranding (art. 246 Sr) kunnen opleveren. Eerder is besproken dat dit aspect in de Heimelijk filmen-arresten niet duidelijk tot uiting komt omdat de Hoge Raad daarin de toepasselijkheid van art. 246 Sr al afwijst op grond van het gebrek aan de voor het 'plegen of dulden' benodigde interactie, dan wel op grond van het niet vaststaan van de ontuchtigheid.[584]

Ten derde leidt het vereiste dat het slachtoffer zich niet of maar moeilijk aan de handelingen kan onttrekken ('onvermijdbaarheid') ertoe dat het enkele feit dat het slachtoffer duidelijk aangeeft niet te willen en de ander desondanks handelt, op zichzelf nog niet voldoende is om het handelen van die ander als 'dwang' aan te merken. Ergens zal uit moeten blijken dat het slachtoffer naar redelijke verwachting niets anders kon doen dan mee te werken. Hiervoor is enige vorm van verzet nodig of ten minste een bij het slachtoffer bestaande handelingsonvrijheid die de afwezigheid van verzet verklaart, zoals de onvrijheid veroorzaakt door geweld of een bedreigende sfeer. In dit verband kan aanvullend worden geconstateerd dat het zojuist besproken opzetvereiste tot gevolg heeft dat de dader weet moet hebben gehad van de onvermijdbaarheid aan de zijde van het slachtoffer. Dat de verdachte wist van de onvrijwilligheid brengt nog niet noodzakelijkerwijs mee dat de verdachte wist

579 Seksuele misleiding kan in veel gevallen wel worden gebracht onder het lichte misdrijf in art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid; vgl. HR 4 mei 1953, *NJ* 1953/488) en, voor zover het wordt gepleegd tegen iemand van zestien of zeventien jaar, onder art. 248a Sr. Het seksueel misleiden van personen jonger dan zestien jaar zal de gedraging in de regel ontuchtig maken, waardoor de algemene zedendelicten die deze leeftijdscategorie beschermen van toepassing zullen zijn (art. 244, 245 en 247 Sr).

580 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 8.

581 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 9. De voorgestelde bepaling luidde: 'Hij die iemand beweegt ontuchtige handelingen met hem te plegen of zodanige handelingen met hem te dulden door misleiding omtrent zijn identiteit of de aard van de handeling wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vierde categorie.'

582 Zie het commentaar van het Clara Wichmann Instituut (Commentaar op het conceptwetsvoorstel Partiële wijziging zedelijkheidswetgeving, *Nemesis* 2000, afl. 6, p. 16) en het preadvies van de Orde van Advocaten ('Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht inzake wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Gemeentewet (partiële wijziging zedelijkheidswetgeving)', p. 7; gepubliceerd op <www.advocatenorde.nl>, geraadpleegd in december 2014). Vgl. Lindenberg 2013b, p. 510.

583 Zie hierover tevens paragraaf 2.5.3.

584 Zie paragraaf 2.3.5.3, in het bijzonder p. 71-73, 75.

dat het voor het slachtoffer zeer moeilijk was om de ongewenste seksuele handelingen te pareren.[585]

Ten vierde brengt het opzetvereiste ('dwingen' is 'opzettelijk dwingen') mee dat culpoos handelen niet volstaat. Dit wil zeggen: dat de verdachte de onvrijwilligheid bij het slachtoffer niet besefte maar wel had kunnen en moeten beseffen, is onvoldoende voor strafbaarheid. Typerend voor het onderscheid waar het hier om gaat, is de beslissing van de Hoge Raad in het zogenoemde Verkrachtingsarrest uit 1988.[586] In deze zaak had een man met geweld een vrouw op het bed gesleurd en gedreigd haar arm te breken, en vervolgens met die vrouw gemeenschap gehad nadat zij haar verzet had gestaakt. Bijzonder in dit geval was dat de man en de vrouw al jaren een knipperlichtrelatie hadden die werd gekenmerkt door een aantrekken en afstoten en waarbij sprake was van sadomasochistische seks.[587] Daardoor was het hof er niet van overtuigd dat de man had beseft dat de vrouw daadwerkelijk niet meer wilde en achtte het hof het opzet niet bewezen. Dat oordeel vond de Hoge Raad niet onhoudbaar, mede in aanmerking genomen dat 'dwingen' opzettelijk handelen vereist en dat uit het bezigen van geweld of bedreiging met geweld weliswaar in het algemeen het bestaan van opzet met betrekking tot de onvrijwilligheid al kan voortvloeien, maar dat zich omstandigheden kunnen voordoen waaronder dat niet het geval hoeft te zijn. In de tijd dat het Verkrachtingsarrest verscheen was de wetgever nog bezig met de herziening van de zedelijkheidswetgeving, die later, in 1991, in werking zou treden. Het arrest is in het wetgevingsproces uitdrukkelijk aan de orde geweest. De minister achtte echter naast de al geplande wijzigingen in art. 242 en 246 Sr (het schrappen van het bestanddeel 'buiten echt', het sekseneutraal maken en de toevoeging van de dwangmiddelen 'feitelijkheid' en 'bedreiging met een feitelijkheid') geen andere maatregelen nodig. Hij zag het arrest als resultaat van de zeer bijzondere context van dat geval, waarin geweld onderdeel was van de seksuele relatie.[588]

2.7.4 Verdraagt de uitleg van 'dwingen' zich met internationaal recht?

2.7.4.1 Inleiding

Zojuist zijn enkele kenmerken van het bestanddeel 'dwingen' aan de orde gekomen – kenmerken die vooral blijken uit de rechtspraak – en zijn voorts op basis daarvan enkele situaties geschetst die in beginsel buiten het bereik van art. 242 en 246 Sr vallen. Beknopt weergegeven ging het om: (i) seksuele misleiding, (ii) heimelijk filmen met een seksuele strekking, (iii) opzettelijk seksueel handelen tegen de wil van de ander, terwijl ofwel aan de zijde van het slachtoffer geen sprake is van onvermijdbaarheid, ofwel bij de verdachte geen

585 Vgl. Lindenberg 2013b, p. 514-515. De term 'weten' wordt hier gemakshalve gebruikt; bedoeld is dat het opzet erop is gericht, ten minste in voorwaardelijke vorm.

586 HR 16 juni 1987, *NJ* 1988/156, m.nt. Mulder.

587 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van deze zaak: Baauw, *AAe* 1988, p. 575-586.

588 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 8, p. 1-2.

sprake is van opzet op de onvermijdbaarheid bij het slachtoffer, en (iv) 'culpose' verkrachting of aanranding (de verdachte heeft misschien wel aanmerkelijk onvoorzichtig gehandeld, maar niet opzettelijk).

Van deze situaties neemt het heimelijk filmen met een seksuele strekking een bijzondere positie in, omdat heimelijk filmen weliswaar geen 'dwingen' kan opleveren, maar in veel gevallen wel wordt gedekt door andere strafbepalingen (zoals art. 139f en 441b Sr).[589] In de overige geschetste situaties zijn geen strafbepalingen voorhanden die bescherming van enige betekenis bieden, althans niet in geval van meerderjarige slachtoffers.[590] Omdat voorstelbaar is dat het hier vanuit het slachtofferperspectief kan gaan om ernstige gevallen en de verdachte telkens ook een verwijt kan worden gemaakt, rijst de vraag of de beperkte strafbaarheid van deze handelingen zich verdraagt met internationale afspraken.

Hieronder wordt op deze vraag oriënterend ingegaan met betrekking tot twee verdragen die de onderhavige thema's het meeste raken: het EVRM en het recentelijk tot stand gekomen Verdrag van Istanbul (Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld)[591]. Op het moment van schrijven is de goedkeuring en uitvoering van laatstgenoemd verdrag nog gaande, maar vergevorderd.[592]

2.7.4.2 Positieve verplichtingen op grond van het EVRM

Het EVRM bevat niet alleen verplichtingen voor verdragsstaten zich van bepaalde handelingen te onthouden, maar ook verplichtingen om juist een bepaalde inspanning of resultaat te leveren. Deze actieve verplichtingen zijn soms uitdrukkelijk in het EVRM opgenomen.[593] Daarnaast is het EHRM dergelijke verplichtingen steeds vaker gaan afleiden uit de tekst van het EVRM. Het leerstuk van de positieve verplichtingen heeft betrekking op deze impliciete positieve verplichtingen.[594]

De reikwijdte van deze positieve verplichtingen laat zich lastig algemeen samenvatten, omdat de aanname van een positieve verplichting doorgaans alleen wordt gekoppeld aan de omstandigheden van het concrete geval in de betreffende verdragsstaat. In 2003 formuleerde een Kamer van het Hof niet-

---

589 Heimelijk filmen wordt nader besproken in paragraaf 2.9.2.

590 Bij bepaalde feiten tegen meerderjarigen zou het lichte delict 'schennis van de eerbaarheid' van toepassing kunnen zijn (art. 239 Sr; zie over deze schennispleging door middel van betastingen: p. 139 e.v.). Worden de bedoelde feiten gepleegd tegen minderjarigen, dan biedt de zedentitel in de regel wel uitkomst, bijvoorbeeld door de strafbaarstelling in art. 244, 245, 247 of 248a Sr.

591 *Trb.* 2012, 233 (rectificatie in *Trb.* 2013, 238).

592 Zie wetgevingsdossiers 34 038 (goedkeuring) en 34 039 (uitvoering).

593 Zie bijvoorbeeld art. 5 lid 2 EVRM: 'Een ieder die gearresteerd is moet onverwijld en in een taal die hij verstaat op de hoogte worden gebracht van de redenen van zijn arrestatie en van alle beschuldigingen welke tegen hem zijn ingebracht.'

594 Zie over positieve verplichtingen in diverse strafrechtelijke contexten: Van Kempen 2008 en Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008, en in de context van de zedendelicten: Lindenberg 2013b.

temin zeer generiek geformuleerde verplichtingen met betrekking tot de bescherming van de seksuele integriteit.

In het bedoelde arrest – *M.C. tegen Bulgarije* – kwam het Hof in het kader van art. 3 EVRM (onmenselijke behandeling) en art. 8 EVRM (privéleven) tot de conclusie dat beide artikelen verplichten tot de strafbaarstelling van verkrachting.[595] Voorts werd geconstateerd dat in een aanzienlijk aantal landen niet langer het gebruik van geweld, maar de afwezigheid van instemming doorslaggevend was in de duiding van het delict verkrachting. Dit criterium was eveneens terug te vinden in de rechtspraak van het Joegoslavië Tribunaal, aldus het EHRM. Verder wees het Hof op een aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa uit 2002, waarin de lidstaten werden opgeroepen over te gaan tot het strafbaar stellen van 'any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance'. Het Hof stelde dat de reeks bestudeerde bronnen en omstandigheden 'reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual's sexual autonomy' en dat 'any rigid approach to the prosecution of sexual offences (...) risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy'. Daar voegde het Hof ten slotte aan toe:

> 'In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.'

Vooral deze laatste overweging laat ogenschijnlijk weinig ruimte voor twijfel: het strafrecht van de verdragsstaten dient te beschermen tegen 'any non-consensual sexual act'. Deze norm impliceert dat de hierboven besproken situaties waartegen het Nederlands zedenrecht niet of nauwelijks beschermt, meer in de strafrechtelijke sfeer moeten worden getrokken, hetzij door wetswijziging, hetzij door extensieve interpretatie van art. 242 en 246 Sr. Kwestieus lijkt in ieder geval de hier te lande geldende eis voor het aannemen van verkrachting of aanranding, dat naast onvrijwilligheid ook van onvermijdbaarheid moet zijn gebleken aan de zijde van het slachtoffer.

Ondanks de scherpe bewoordingen in *M.C. tegen Bulgarije*, moet op basis van latere rechtspraak van het EHRM tot de conclusie worden gekomen dat de zojuist ingeschatte implicaties voor Nederland in twijfel mogen worden getrokken. De bewoordingen in *M.C.* zijn tot nu toe nooit op gelijke sterkte herhaald, in het bijzonder niet in arresten waarin dat aan de hand van de omstandigheden van het geval en de uitgangspunten in *M.C.* wel mocht worden verwacht.[596] Hoewel betoogd kan worden dat van *M.C. tegen Bulgarije* en de

---

595 EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, nr. 39272/98. De hierna volgende bespreking is ontleend aan Lindenberg 2013b, p. 517-524.

596 In het bijzonder wordt gedoeld op EHRM 24 juli 2012, *D.J. t. Kroatië*, nr. 42418/10 en EHRM (Grote Kamer) 12 november 2013, *Söderman t. Zweden*, nr. 5786/08. Zie hierover Lindenberg 2013b, p. 521-524 en de annotatie van Lindenberg onder het Söderman-arrest in *EHRC* 2014/1.

daarin genoemde bronnen desondanks nog steeds een aansporing uitgaat naar een ruime strafbaarstelling te streven, is in onze ogen de rechtspraak van het EHRM op dit punt te weinig consistent om stellig aan te nemen dat de huidige bewoordingen en interpretatie van art. 242 en 246 Sr zich niet verdragen met het EVRM.

2.7.4.3 Verdrag van Istanbul

Op 11 mei 2011 kwam het Verdrag van Istanbul tot stand, voluit het 'Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld'.[597] Zoals gezegd is Nederland op het moment van schrijven bezig met de laatste fase van goedkeuring en implementatie.[598]

Het Verdrag van Istanbul is voor het onderhavige vraagstuk van belang door de verplichtingen die in art. 36 zijn opgenomen:

> *Artikel 36. Seksueel geweld, met inbegrip van verkrachting*
>
> 1. De partijen nemen de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de volgende opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld:
>   a. het zonder wederzijds goedvinden op seksuele wijze vaginaal, anaal of oraal met een lichaamsdeel of object binnendringen van het lichaam van een ander;
>   b. het zonder wederzijds goedvinden plegen van andere seksuele handelingen met een persoon;
>   c. het zonder wederzijds goedvinden een ander er toe bewegen seksuele handelingen te plegen met een derde.
> 2. De toestemming dient vrijwillig te zijn gegeven en voort te vloeien uit de vrije wil van de betrokken persoon hetgeen wordt vastgesteld in het licht van de omstandigheden.
> 3. De partijen nemen de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de bepalingen van het eerste lid tevens van toepassing zijn op gedragingen gericht tegen voormalige of huidige echtgenoten of partners erkend volgens het nationale recht.

Uit het eerste lid blijkt dat de verplichtingen zich alleen uitstrekken tot opzettelijke gedragingen. Voor de stelling dat ook 'culpose' verkrachting en aanranding strafbaarstelling behoeven (bijvoorbeeld in de vorm van roekeloos handelen) lijkt het verdrag dus geen concreet aanknopingspunt te bieden.

Wel lijkt art. 36 betekenis te hebben voor de vraag of seksuele misleiding strafbaar zou moeten zijn en voor de vraag of voor 'dwingen' mag worden vereist dat, naast onvrijwilligheid, ook van onvermijdbaarheid moet zijn gebleken. Wat de seksuele misleiding betreft kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een vrouw die tot haar schrik pas achteraf bemerkt dat zij niet alleen seksuele handelingen heeft verricht met haar partner, maar ook met een haar onbekende derde die met die partner tersluiks van plaats was gewisseld (een geval dat thans niet onder 'dwingen' te brengen is). Op grond van het toestemmingsbegrip in art. 36 lid 2 kan worden gesteld dat de derde persoon in

---

597 *Trb*. 2012, 233 (rectificatie in *Trb*. 2013, 238).

598 Zie wetgevingsdossiers 34 038 (goedkeuring) en 34 039 (uitvoering).

dit voorbeeld opzettelijk zonder wederzijds goedvinden seksuele handelingen pleegde in de zin van art. 36 lid 1. Wat voorts de eis van onvermijdbaarheid betreft, lijkt art. 36 moeilijk verenigbaar met de omstandigheid dat het aannemen van 'dwingen' in art. 242 en 246 Sr afhankelijk wordt gesteld van het bewijs van onvermijdbaarheid, ook wanneer vaststaat dat de gedraging zonder wederzijds goedvinden plaatsvond. Bezien vanuit deze twee vraagstukken staat de uitleg van 'dwingen' dus ogenschijnlijk op gespannen voet met de tekst van art. 36 van het Verdrag van Istanbul.

Het *explanatory report* van het verdrag biedt op het eerste oog steun voor deze conclusie.[599] In de toelichting op art. 36 worden de overwegingen van het EHRM in *M.C. tegen Bulgarije* als leidraad opgevoerd:

> '191. When assessing the constituent elements of offences, the Parties should have regard to the case-law of the European Court of Human Rights. In this respect, the drafters wished to recall, subject to the interpretation that may be made thereof, the M.C. v. Bulgaria judgment of 4 December 2003, in which the Court stated that it was "persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member states' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim" (§ 166). The Court also noted as follows: "Regardless of the specific wording chosen by the legislature, in a number of countries the prosecution of non-consensual sexual acts in all circumstances is sought in practice by means of interpretation of the relevant statutory terms ("coercion", "violence", "duress", "threat", "ruse", "surprise" or others) and through a context-sensitive assessment of the evidence" (§ 161).'

Vervolgens wordt nogmaals benadrukt dat de bewijsvraag of sprake was van toestemming, moet worden beoordeeld met de nodige contextgevoeligheid:

> '192. Prosecution of this offence will require a context-sensitive assessment of the evidence in order to establish on a case-by-case basis whether the victim has freely consented to the sexual act performed. Such an assessment must recognise the wide range of behavioural responses to sexual violence and rape which victims exhibit and shall not be based on assumptions of typical behaviour in such situations. It is equally important to ensure that interpretations of rape legislation and the prosecution of rape cases are not influenced by gender stereotypes and myths about male and female sexuality.'

Ondanks de bewoordingen van art. 36 en de manier waarop daaraan betekenis wordt verleend in de zojuist beschreven fragmenten, blijkt in de volgende paragraaf van de toelichting dat de afbakening van 'toestemming' uitdrukkelijk wordt overgelaten aan de verdragsstaten zelf (cursivering toegevoegd):

> '193. In implementing this provision, Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to

[599] *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (CETS nr. 210), Istanbul 11 mei 2011 (beschikbaar op «coe.int»).

> any of the sexual acts listed in lit.a to lit.c. *It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent. Paragraph 2 only specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person's free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances.'*

Aldus moet met betrekking tot het Verdrag van Istanbul de slotsom luiden dat het op het onderhavige punt dezelfde status heeft als het arrest *M.C. tegen Bulgarije*. Weliswaar bevat het de verplichting 'verkrachting' en 'aanranding' op enigerlei wijze strafbaar te stellen en daarbij veel gewicht toe te kennen aan de vrije wil, maar veel concreter is de verplichting niet. Dat betekent dus ook dat de zojuist gesignaleerde mogelijke strijdigheden met art. 36 van het Verdrag van Istanbul, niet hard kunnen worden gemaakt. Voor Nederland kan hooguit worden gezegd dat in het Verdrag van Istanbul een aanbeveling besloten ligt de inhoud of interpretatie van art. 242 en 246 Sr te verruimen. In dat opzicht is ook niet zonder meer problematisch te noemen dat de Nederlandse regering art. 242 en 246 Sr heeft aangewezen als artikelen die, met betrekking tot de bescherming van meerderjarigen, aan art. 36 lid 1 en 2 van het Verdrag van Istanbul voldoen.[600]

2.7.4 Afsluiting

In het voorgaande is de reikwijdte van art. 242 en 246 Sr onderzocht, waarbij het volgende naar voren kwam.

In 2005 is de reikwijdte van art. 242 Sr (verkrachting) door de Hoge Raad beperkt uitgelegd, in zoverre dat alleen van het plegen van verkrachting kan worden gesproken wanneer degene die de dwang heeft uitgeoefend ook degene is geweest die de penetrerende handeling heeft verricht. In 2013 is, in het Tongzoen II-arrest, opnieuw een beperkende uitleg gegeven aan art. 242 Sr: voor een 'seksueel binnendringen' is ten minste nodig dat de betreffende handeling in redelijkheid op één lijn kan worden gesteld met geslachtsgemeenschap of met een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging. De enkele tongzoen valt daarmee buiten het bereik van verkrachting.

Voor 'door een feitelijkheid dwingen' in de zin van art. 242 en 246 Sr is vereist dat het slachtoffer iets onvrijwillig heeft moeten ondergaan en dat het slachtoffer zich aan het handelen van de dader naar redelijke verwachting niet kon onttrekken. Voorts zal het opzet van de verdachte gericht moeten zijn geweest op zowel het onvrijwillige als het onvermijdbare karakter van het handelen aan de zijde van het slachtoffer. Of deze kenmerken voldoende zijn voor het aannemen van 'door een feitelijkheid dwingen' hangt af van de strekking van de 'feitelijkheid'. Hoewel uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat deze strekking ruim is, blijft onduidelijk of de Hoge Raad elke handeling

600 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 038, nr. 3, p. 32. Daarbij is ook gewezen op enkele bepalingen die alleen jeugdigen beschermen. De reactie met betrekking tot art. 36 lid 1 onder c (bewegen tot ontucht met een derde) is besproken in paragraaf 2.4.5 (p. 194).

die leidt tot een 'dwingen' als 'feitelijkheid' aanmerkt, of dat hij aan de 'feitelijkheid' zelfstandige beperkingen stelt.

De zojuist genoemde kenmerken van 'dwingen' zorgen er ten slotte voor dat de volgende situaties in beginsel buiten het bereik van art. 242 en 246 Sr vallen: (i) seksuele misleiding, (ii) heimelijk filmen, (iii) opzettelijk seksueel handelen tegen de wil van de ander, terwijl ofwel aan de zijde van het slachtoffer geen sprake is van onvermijdbaarheid, ofwel bij de verdachte geen sprake is van opzet op de onvermijdbaarheid bij het slachtoffer, en (iv) 'culpose' verkrachting of aanranding (de verdachte heeft misschien wel aanmerkelijk onvoorzichtig gehandeld, maar niet opzettelijk). De gedraging genoemd onder (ii) valt in veel gevallen onder andere strafbaarstellingen, zoals art. 139f en 441b Sr. Voor de gedragingen genoemd onder (i), (iii) en (iv) zijn geen strafbepalingen voorhanden die bescherming van enige betekenis bieden, althans niet in geval van meerderjarige slachtoffers. Onderzocht is of dit strijdigheid oplevert met het EVRM of het Verdrag van Istanbul, maar vooralsnog lijkt het antwoord daarop ontkennend te luiden.

2.8 Strafverzwaringsgronden

2.8.1 Inleiding

Sinds 1886 omvat art. 248 Sr gronden waarop de maximumstraffen van bepaalde zedendelicten kunnen worden verhoogd. Het artikel luidt thans als volgt:

> Artikel 248 Sr
>
> 1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
> 2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
> 3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
> 4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
> 5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
> 6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.

7. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
8. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

Een dergelijk artikel zou aan het einde van Titel XIV kunnen worden verwacht, althans volgend op de gronddelicten die in het artikel worden genoemd. Dat is niet het geval; art. 248 Sr geldt in veel gevallen ook voor delicten die na art. 248 Sr zijn opgenomen, waardoor het artikel nu tussen de relevante delicten staat ingeklemd. Deze positie is het gevolg van wetswijzigingen waarbij zowel de strafverzwarende gronden als de daaraan gekoppelde gronddelicten zijn uitgebreid.

Er is kort gezegd sprake van een strafverzwarende omstandigheid bij medeplegen (lid 1), bij het bestaan van een afhankelijkheidsrelatie tussen een jeugdig slachtoffer en de dader (lid 2), bij het misbruik maken van een 'kwetsbare positie' van een jeugdig slachtoffer (lid 3 en lid 4) en bij het bezigen van geweld tegen een jeugdig slachtoffer (lid 5 en 6). Deze laatste twee omstandigheden ('kwetsbare positie' en geweld) zijn telkens over twee leden verspreid, omdat sommige delicten per definitie tegen jeugdigen worden gepleegd (lid 3 en lid 5) en andere delicten dat kenmerk missen (lid 4 en lid 6). Bij de gronddelicten die dat kenmerk missen, is de jeugdige leeftijd als bestanddeel toegevoegd ('een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar'). Ten slotte geldt bij bepaalde delicten een verhoging van het strafmaximum in geval van zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar (lid 7) en in geval van de dood (lid 8).

De afzonderlijke leden van art. 248 Sr knopen in de regel aan bij de maximale gevangenisstraf zoals neergelegd in het gronddelict. Het bestaan van de genoemde strafverzwaringsgrond maakt het mogelijk dat strafmaximum met een derde te verhogen. Zo levert een verkrachting gepleegd jegens een minderjarige ondergeschikte van de dader (art. 242 jo. 248 lid 2 Sr) een strafplafond op van zestien jaren gevangenisstraf (12 + (⅓ x 12)). Alleen het zevende en het achtste lid fixeren de maximumstraf; bij zwaar lichamelijk letsel of bij levensgevaar is de maximale gevangenisstraf in alle gevallen vijftien jaar (lid 7) en bij het ten gevolge van het zedendelict overlijden van het slachtoffer geldt een maximale gevangenisstraf van achttien jaar (lid 8).

Overigens is art. 248 Sr weliswaar het enige artikel in Titel XIV dat zich louter richt op strafverzwaringsgronden, maar niet het enige artikel dat dergelijke gronden formuleert. Ook op enkele bijzondere plaatsen heeft de wetgever strafverzwaringsgronden opgenomen: in art. 240b lid 2 Sr (een beroep of gewoonte maken van het bezitten, vervaardigen etc. van kinderpornografie), art. 250 lid 2 Sr (een gewoonte maken van koppelarij), art. 252 lid 2 en lid 3 Sr (het toedienen van bedwelmende drank, met zwaar lichamelijk letsel respec-

tievelijk de dood tot gevolg) en art. 254a lid 2 Sr (een beroep of gewoonte maken van het bezitten, vervaardigen etc. van bestialiteitspornografie).

2.8.2 Ontwikkelingen

2.8.2.1 Totstandkoming (1886)

De strekking van art. 248 Sr was in 1886 nog beperkt:

> Artikel 248 Sr (1886)
>
> Indien een der in de artikelen 243 en 245-247 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren opgelegd.
>
> Indien een der in de artikelen 242-247 omschreven misdrijven den dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren opgelegd.[601]

Bij de totstandkoming van art. 248 Sr adviseerde de Raad van State om met betrekking tot art. 242 Sr tot en met art. 247 Sr twee aanvullende strafverzwarende gronden op te nemen: de omstandigheid dat de vrouw door het zedendelict zwanger was geraakt en de omstandigheid dat het feit werd gepleegd door de personen als bedoeld in art. 249 lid 1 Sr. Dit laatste vond de Raad van State nodig omdat hij het strafmaximum in art. 249 Sr, in het ontwerp nog gesteld op vier jaren gevangenisstraf, voor deze gevallen niet toereikend achtte.[602] De regering zag geen noodzaak voor het opnemen van beide gronden. Dat de zwangerschap het gevolg was geweest van het zedendelict zou niet direct te bewijzen zijn en het kon niet de bedoeling zijn om met vervolging te wachten om meer duidelijkheid te verkrijgen.[603] Wat art. 249 lid 1 betreft, beschouwde de regering het strafmaximum als toereikend. Toen daarentegen ook de commissie van rapporteurs bezwaar maakte tegen het in haar ogen te lage strafmaximum, heeft de regering de oplossing gezocht in het wijzigen van het strafmaximum in art. 249 Sr zelf; deze werd opgehoogd van vier naar zes jaren gevangenisstraf.[604]

2.8.2.2 Toevoeging 'te duchten levensgevaar' en art. 240b, 248a, 248b en 249 Sr (2005)

Latere inhoudelijke wijzigingen in art. 248 Sr zijn van betrekkelijk recente datum. Op grond van Kaderbesluit 2004/68/JBZ ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie[605], is in 2005 aan art. 248 lid 1 Sr het te duchten levensgevaar toegevoegd als strafverzwarende omstandigheid en is de werkingssfeer van zowel het eerste als het tweede lid uitgebreid

---

601 Smidt II, p. 318.
602 Smidt II, p. 306, 318.
603 Smidt II, p. 318.
604 Smidt II, p. 318-319.
605 Kaderbesluit 2004/68/JBZ, 22 december 2003, ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, *Pb.L.* nr. 13, 20 januari 2004, p. 44.

met art. 240b, 248a, 248b en 249 Sr. Deze uitbreidingen werden nodig geacht in verband met door het Kaderbesluit verplichte minimale maximumstraffen voor bepaalde verzwarende omstandigheden. Uit de parlementaire stukken is echter niet goed af te leiden hoe de wetgever uit de (zeer ingewikkeld geformuleerde) verplichtingen in het Kaderbesluit tot de conclusie is gekomen dat juist deze wijzigingen noodzakelijk waren.[606] De toevoeging van 'te duchten levensgevaar' ging verder dan het Kaderbesluit, omdat de verplichtingen van het Kaderbesluit zich beperkten tot delicten tegen personen jonger dan achttien jaar.[607] In art. 248 Sr heeft de nieuwe omstandigheid ('te duchten levensgevaar') niettemin algemene werking gekregen – zij is bijvoorbeeld ook van toepassing op overtreding van art. 243 of 249 lid 2 Sr jegens een volwassene – terwijl niet is duidelijk gemaakt waarom voor die zogenoemde 'nationale kop' is gekozen.[608] Daarnaast speelt mee dat de wetgever enerzijds blijkens het wetsvoorstel art. 249 Sr van meet af aan wilde toevoegen aan het eerste en tweede lid[609], maar hij anderzijds dit artikel in de memorie van toelichting ongenoemd liet en wel sprak over art. 248c Sr, een artikel dat juist niet in het voorstel was opgenomen en ook niet later in het traject is toegevoegd.[610] In ieder geval luidde art. 248 Sr als gevolg van deze wijzigingen vanaf 1 januari 2005[611] als volgt:

> Artikel 248 Sr (geldend van 1 januari 2005 tot 1 juli 2009)
>
> 1. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
> 2. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

---

606 Voor de bedoelde verplichtingen zie art. 5 van Kaderbesluit 2004/68/JBZ.

607 Zie art. 1 jo. art. 5 van Kaderbesluit 2004/68/JBZ.

608 In de memorie van toelichting wordt slechts overwogen dat de toevoeging verband houdt met art. 5 van Kaderbesluit 2004/68/JBZ, het artikel met betrekking tot minimale maximumstraffen en stafverzwarende gronden (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 17). Later is bij de implementatie van Richtlijn 2011/93/EU uitdrukkelijk overwogen de implementatie te beperken tot delicten tegen personen jonger dan achttien jaar omdat de verplichtingen ook alleen daarop betrekking hadden (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 15). Zie over deze implementatie paragraaf 2.8.2.5.

609 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 17.

610 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 15, 17 en 23. Dat dit geen eenvoudige verschrijving betreft, valt op te maken uit het feit dat in de memorie van toelichting ook een beschrijving wordt gegeven van art. 248c Sr: 'In de eerste plaats wordt voorgesteld dat de strafverzwaring ook geldt voor de misdrijven, omschreven in de artikelen 240b (kinderpornografie), 248a (uitlokking van ontucht), 248b (seks met een prostituee van 16 of 17 jaar) en 248c (opzettelijke aanwezigheid bij een kinderpornoshow en kijken naar een kinderpornofilm in een voor het vertonen daarvan geschikte zaal)' (p. 17). Bij nader inzien ligt evenwel niet voor de hand dat toevoeging van art. 248c Sr hier daadwerkelijk zou zijn overwogen. Het is immers moeilijk voor te stellen hoe het enkele 'aanwezig zijn' in de zin van art. 248c Sr tot gevolg zou kunnen hebben dat zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar bij de optredende jeugdige ontstaat.

611 *Stb*. 2004, 645.

2.8.2.3 Verhoging van de strafmaxima (2009)

Op 1 juli 2009 zijn in art. 248 Sr de maximale gevangenisstraffen verhoogd van twaalf jaren naar vijftien jaren (lid 1) en van vijftien jaren naar achttien jaren (lid 2).[612] Dit hield verband met wijzigingen in art. 273f Sr. Als gevolg van een 'maatschappelijke herwaardering' van de ernst van mensenhandel werden de strafmaxima in art. 273f Sr op dezelfde datum verhoogd, inclusief de maxima voor de daarin opgenomen strafverzwarende omstandigheden. Omdat bepaalde strafverzwarende omstandigheden in art. 273f Sr overeenkwamen met die in art. 248 Sr, lag het volgens de wetgever in de rede om art. 248 Sr langs dezelfde lijnen aan te passen.[613]

Wat hierbij opvalt is dat met de verhoging van het strafmaximum in het eerste lid (van twaalf naar vijftien jaren gevangenisstraf) niet tevens art. 242 en 244 Sr zijn opgenomen als bepalingen waarop het eerste lid betrekking heeft. Bij het oude maximum van twaalf jaren gevangenisstraf in art. 248 lid 1 Sr zou vermelding van art. 242 en 244 Sr betekenisloos zijn geweest, omdat op overtreding van die artikelen zelf al dat maximum is gesteld. Kennelijk is over het hoofd gezien dat de verhoging van het strafmaximum in art. 248 lid 1 Sr ook aanleiding gaf art. 242 en 244 Sr aan de werkingssfeer toe te voegen. Een consequentie van het onvermeld laten van art. 242 en 244 Sr in art. 248 lid 1 Sr is dat sinds 2009, bijvoorbeeld, aanranding met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg een hoger strafmaximum heeft dan verkrachting met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg (vijftien jaren versus twaalf jaren gevangenisstraf).[614]

Met de verhoogde strafmaxima luidde art. 248 Sr vanaf 1 juli 2009:

> Artikel 248 Sr (geldend van 1 juli 2009 tot 1 januari 2010)
>
> 1. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

---

612 *Stb*. 2009, 245.

613 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 386, nr. 9, p. 6-7.

614 Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1 bij art. 248 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 1 februari 2010). Het strafmaximum bij aanranding (art. 246 Sr) met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg volgt direct uit (het huidige) art. 248 lid 7 Sr. Het strafmaximum bij verkrachting zwaar lichamelijk letsel tot gevolg is beperkt tot het maximum van art. 242 Sr zelf. Overigens kunnen de gevolgen van het onvermeld laten van art. 242 en 244 Sr in het thans geldende art. 248 lid 7 Sr worden gerelativeerd voor zover het delict wordt gepleegd tegen personen jonger dan achttien jaar. In situaties waarin zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar ontstaat (art. 248 lid 7 Sr) zal veelal geweld zijn gebruikt. Die laatste omstandigheid zorgt er thans voor dat het strafmaximum van art. 244 Sr met een derde kan worden verhoogd (art. 244 jo. 248 lid 5 Sr). Het bezigen van geweld lijkt ook in de combinatie tussen art. 242 Sr en art. 248 lid 6 Sr voor verhoging te kunnen zorgen, al kunnen daarbij vraagtekens worden gezet (zie paragraaf 2.8.3.5). Ten slotte zij bij dit alles weer aangetekend dat een combinatie van de strafverzwaringsgrond 'geweld' (art. 248 lid 5 of lid 6 Sr) en de strafverzwaringsgrond 'zwaar lichamelijk letsel' (art. 248 lid 7 Sr) voor art. 242 en 244 Sr is uitgesloten, maar wel bij art. 246 Sr kan worden toegepast. Aldus stijgt de maximumstraf bij een dergelijke vorm van aanranding weer boven die van de gekwalificeerde vormen van art. 242 en 244 Sr uit.

2. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

2.8.2.4 Toevoeging van medeplegen en misbruik van afhankelijkheid (2010)

Op 1 januari 2010 is art. 248 Sr gewijzigd als gevolg van de implementatie van het in 2007 tot stand gekomen Verdrag van Lanzarote (VvL). Dit verdrag bevatte een afzonderlijke verplichting met betrekking tot strafverzwarende omstandigheden:

> Artikel 28 Verdrag van Lanzarote (Strafverzwarende omstandigheden)
>
> Elke Partij neemt de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de volgende omstandigheden, voor zover deze niet reeds tot de bestanddelen van het strafbare feit behoren, in aanmerking kunnen worden genomen, overeenkomstig de relevante bepalingen van het nationale recht, als strafverzwarende omstandigheden bij het bepalen van de sancties met betrekking tot de overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten:
>
> a. het strafbare feit heeft de fysieke en geestelijke gezondheid van het slachtoffer ernstig geschaad;
> b. het strafbare feit werd voorafgegaan door of ging gepaard met folteringen of ernstige geweldpleging;
> c. het strafbare feit werd gepleegd tegen een bijzonder kwetsbaar slachtoffer;
> d. het strafbare feit werd gepleegd door een familielid, een persoon die met het kind samenwoont of een persoon die zijn of haar gezag heeft misbruikt;
> e. het strafbare feit werd gepleegd door verschillende gezamenlijk optredende personen;
> f. het strafbare feit werd gepleegd in het kader van een criminele organisatie;
> g. de dader is eerder wegens soortgelijke feiten veroordeeld.

Deze verplichtingen golden alleen 'voor de overeenkomstig dit Verdrag strafbaar gestelde feiten'. Deze feiten behelsden kort gezegd: seksueel misbruik (art. 18), kinderprostitutie (art. 19), kinderpornografie (art. 20), kinderpornografische voorstellingen (art. 21), corrumperen (art. 22) en grooming (art. 23). Voorts blijkt uit de tekst van art. 28 VvL dat de verdragspartijen slechts verplicht waren wetgevende 'of andere maatregelen' te nemen die nodig waren om te waarborgen dat de genoemde omstandigheden 'in aanmerking kunnen worden genomen, overeenkomstig de relevante bepalingen van het nationale recht, als strafverzwarende omstandigheden bij het bepalen van de sancties'. De implicatie dat het toereikend zou zijn wanneer de rechter met deze omstandigheden rekening kon houden, werd uitdrukkelijk bevestigd in het *explanatory report*. De doelstelling van art. 28 VvL was 'to ensure that these aggravating circumstances are available for judges to consider when sentencing offenders, although there is no obligation on judges to apply them'.[615]

Het wetsvoorstel tot uitvoering van het Verdrag van Lanzarote bevatte aanvankelijk geen bepaling ter implementatie van art. 28 VvL. Volgens de

---

[615] *Explanatory report* (overweging 195) bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (beschikbaar op «coe.int»).

regering lag in het Nederlands stelsel van wettelijke strafmaxima de gedachte besloten dat deze maxima de rechter ruimte bieden om rekening te houden met strafverzwarende omstandigheden. Daarnaast werd erop gewezen dat het bestaande art. 248 Sr reeds voorzag in strafverzwaring voor bepaalde in art. 248 VvL genoemde omstandigheden.[616] Toen de minister door Kamerlid De Roon werd gevraagd nadere uitleg te geven over het perspectief van de regering, zei de minister dat hij zich in beginsel ook een wettelijke verankering van de verzwarende gronden kon voorstellen, omdat in het Nederlandse stelsel twee systemen worden gevolgd: het laten meewegen van de strafverzwarende gronden in de strafeis en straftoemeting, en de expliciete differentiatie in de strafbepalingen. Niettemin bleef hij erbij dat hier kon worden volstaan met de constatering dat Nederland reeds aan art. 28 VvL voldeed.[617] De Roon liet zich echter niet overtuigen; kort daarna diende het Kamerlid een amendement in waarin werd beoogd een deel van art. 28 VvL toch in nieuwe wetgeving te verwerken. Zijn voorstel, dat later zou worden aangenomen, behelsde de invoering van een nieuw eerste en tweede lid in art. 248 Sr:

> 'In artikel 248 worden onder vernummering van het eerste en tweede lid tot derde en vierde lid, twee leden ingevoegd, luidende:
> 1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248e, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
> 2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248e bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.'

Zoals blijkt, was in het amendement al rekening gehouden met de komst van art. 248d Sr (corrumperen) en art. 248e Sr (grooming), artikelen die ook ter uitvoering van het Verdrag van Lanzarote zouden worden ingevoerd.

De toelichting op het amendement luidde:

> 'Artikel 28 (…) legt de verplichting op om te voorzien in strafverzwarende omstandigheden bij de in het Verdrag strafbaar gestelde gedragingen. Met betrekking tot seksueel misbruik van kinderen en kinderpornografie, geregeld in artikel 18 en 20 van het Verdrag, zijn de strafverzwarende omstandigheden van artikel 28 van het Verdrag gefragmenteerd of onvoldoende geregeld in het Wetboek van Strafrecht. Dit amendement ziet op het op een eenduidige wijze regelen van de strafverzwarende omstandigheden.'[618]

De toelichting is in relatie tot het amendement niet onmiddellijk te doorgronden. Onduidelijk blijft waarop wordt gedoeld met de opmerking dat de strafverzwarende omstandigheden in art. 28 VvL met betrekking tot seksueel misbruik van kinderen en kinderpornografie 'gefragmenteerd en onvoldoende' zijn geregeld in het Wetboek van Strafrecht. Daarnaast refereert de toelichting

616 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 3, p. 15. Gedoeld zal zijn op art. 28 onder a en b VvL.
617 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 808, nr. 6, p. 6, 13-14.
618 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 9.

aan art. 28 VvL als geheel, maar lijkt het amendement zich alleen te richten op twee omstandigheden (art. 28 onder d en e VvL).[619] Een ander punt is dat het voorgestelde eerste lid verder gaat dan het Verdrag; het medeplegen wordt ook van toepassing verklaard op delicten waarvan niet noodzakelijkerwijs minderjarigen het slachtoffer zijn (art. 242, 243, 246 en 249 lid 2 Sr).[620] Ten slotte roept het voorgestelde tweede lid vragen op over de verhouding tussen dat lid en het al bestaande art. 249 lid 1 Sr (misbruik van gezag). Gelet op de terminologie lijkt een niet geringe overlapping te bestaan tussen de combinatie van een gronddelict en het voorgestelde art. 248 lid 2 Sr enerzijds en art. 249 lid 1 Sr anderzijds, terwijl de terminologie op bepaalde punten ook weer afwijkt (bijvoorbeeld 'kind' in plaats van 'minderjarig kind'). Op deze vragen, die in het implementatietraject onbeantwoord zijn gebleven, wordt in paragraaf 2.8.3 nader ingegaan.

De minister stond niet afwijzend tegenover het amendement. Hij achtte het in de wet opnemen van de in het amendement genoemde omstandigheden 'goed mogelijk' en vond dat de gevolgde werkwijze 'goed past in de systematiek van het Wetboek van Strafrecht'.[621] Het amendement werd met algemene stemmen aangenomen.[622] Daarmee kan ook worden geconstateerd dat ruim een eeuw later in zekere zin is voldaan aan de wens van de Raad van State bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht, om een strafverzwaringsgrond als die in het nieuwe tweede lid in te voeren (zie paragraaf 2.8.2.1). Op 1 januari 2010 kreeg art. 248 Sr de volgende redactie:

> Artikel 248 Sr (geldend van 1 januari 2010 tot 1 maart 2014)
>
> 1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248e, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
> 2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248e bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
> 3. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
> 4. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

---

619 De Roon had eerst een ander amendement ingediend (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 8) waarin nagenoeg alle gronden in art. 28 VvL waren verwerkt. Dat amendement is door het onderhavige vervangen, maar over de aanleiding wordt niets gezegd.

620 Bij de implementatie van Richtlijn 2011/93/EU (zie hierna, paragraaf 2.8.2.5) is uitdrukkelijk overwogen de implementatie te beperken tot delicten tegen kinderen omdat de verplichtingen ook alleen daarop betrekking hadden (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 15).

621 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 10, p. 1-2.

622 *Handelingen II* 2008/09, 30 juni 2009, 101, p. 7989.

2.8.2.5 Toevoeging van 'kwetsbare positie', geweld en art. 248f Sr (2014)

Op 1 maart 2014 zijn de meest recente wijzigingen doorgevoerd in art. 248 Sr, als gevolg van implementatie van Richtlijn 2011/93/EU ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie. Deze Richtlijn verving het eerder genoemde Kaderbesluit 2004/68/JBZ (zie paragraaf 2.8.2.2). Ten eerste leidde deze implementatie tot toevoeging van de huidige leden 3, 4, 5 en 6 van art. 248 Sr, onder vernummering van de oude leden 3 en 4 tot lid 7 respectievelijk lid 8. Ten tweede werd de vermelding van art. 248f Sr, waarvan de invoering onderdeel was van de implementatie, ook in de al bestaande leden opgenomen.

De strekking van de nieuwe onderdelen in art. 248 Sr wordt nader onderzocht in paragraaf 2.8.3. Hieronder wordt de totstandkoming van de wijzigingen in grote lijnen besproken. Ten behoeve daarvan worden eerst de nieuwe leden van art. 248 Sr weergegeven (het wetsvoorstel is ongewijzigd aangenomen) en volgen aansluitend de relevante onderdelen van Richtlijn 2011/93/EU:

> Artikel 248 Sr (geldend vanaf 1 maart 2014)
>
> (…)
>
> 3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
> 4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
> 5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
> 6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
>
> (…)

> Kaderbesluit 2011/93/EU
> Preambule
>
> (…)
>
> (21) De lidstaten moeten in hun nationaal recht verzwarende omstandigheden opnemen overeenkomstig de toepasselijke regels in hun rechtsstelsels inzake verzwarende omstandigheden. Zij dienen ervoor te zorgen dat rechters deze verzwarende omstandigheden bij de veroordeling van daders kunnen laten meewegen, ofschoon rechters niet tot de toepassing ervan verplicht zijn. De lidstaten hoeven verzwarende omstandigheden niet in hun recht op te nemen wanneer zij, gezien de aard van het specifieke strafbare feit, irrelevant zijn. De relevantie van de diverse in deze richtlijn vastgelegde verzwarende omstandigheden moet op nationaal niveau worden beoordeeld voor elk van de in deze richtlijn genoemde strafbare feiten.

> (22) In het kader van deze richtlijn dient onder lichamelijk of geestelijk onvermogen tevens het lichamelijk of geestelijk onvermogen te worden verstaan dat wordt veroorzaakt door de invloed van drugs en alcohol.
>
> (…)
>
> Artikel 9 (Verzwarende omstandigheden)
>
> Voor zover de hierna genoemde omstandigheden niet reeds tot de wezenlijke bestanddelen van de in de artikelen 3 tot en met 7 genoemde strafbare feiten behoren, nemen de lidstaten de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de volgende omstandigheden, overeenkomstig de desbetreffende bepalingen van het nationale recht, kunnen worden beschouwd als verzwarende omstandigheden met betrekking tot de in de artikelen 3 tot en met 7 genoemde relevante strafbare feiten:
>
> a) het strafbare feit werd gepleegd jegens een kind in een bijzonder kwetsbare situatie, zoals een kind met een geestelijke of lichamelijke handicap, in een toestand van afhankelijkheid of in een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen;
> b) het strafbare feit werd gepleegd door een gezins- of familielid van het kind, een persoon die met het kind samenwoont of een persoon die misbruik heeft gemaakt van een erkende positie van vertrouwen of gezag;
> c) het strafbare feit werd gepleegd door meerdere personen samen;
> d) het strafbare feit werd gepleegd in het kader van een criminele organisatie in de zin van Kaderbesluit 2008/841/JBZ van de Raad van 24 oktober 2008 ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit;
> e) de dader is al eerder voor soortgelijke strafbare feiten veroordeeld;
> f) de dader heeft het leven van het kind opzettelijk of door roekeloosheid in gevaar gebracht, of
> g) het strafbare feit ging gepaard met ernstige geweldpleging of heeft het kind ernstige schade berokkend.

Volgens art. 9 van de Richtlijn moesten de daarin genoemde omstandigheden onder a tot en met g, in elke lidstaat kunnen worden beschouwd als verzwarende omstandigheden met betrekking tot de in de ‘artikelen 3 tot en met 7 genoemde relevante strafbare feiten’. Met dit laatste werd kort gezegd gedoeld op seksueel misbruik van kinderen (art. 3), seksuele uitbuiting van kinderen (art. 4), kinderpornografie (art. 5), grooming (art. 6) en bepaalde deelneming- en pogingvarianten van eerdergenoemde feiten (art. 7). Gelezen in combinatie met overweging 21 van de preambule, lijkt art. 9 van de Richtlijn in dit kader niet verder te zijn gaan dan het Verdrag van Lanzarote[623]: ten minste moest mogelijk worden gemaakt dat de rechter bij de straftoemeting rekening kan houden met de verzwarende omstandigheden.

Dit laatste was ook de lezing van de regering.[624] Naar aanleiding van de veronderstelde beleidsvrijheid wees de regering, net als bij de implementatie

623 Zie hiervoor, paragraaf 2.8.2.4.

624 ‘Artikel 9 van de richtlijn laat in beginsel ruimte voor een uitwerking in de nationale wetgeving volgens welke het openbaar ministerie in de strafeis en de rechter bij de straftoemeting binnen het op het misdrijf gestelde strafmaximum in strafverzwarende zin rekening houdt met de in artikel 9 genoemde omstandigheden’, aldus de regering (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 14). Deze zienswijze lijkt ons juist. Het is moeilijk hard te maken dat art. 9 zonder meer tot de gekozen codificatie verplicht. Ter illustratie kan een vergelijking worden gemaakt met art. 15 lid 1 van de richtlijn, waarin lidstaten worden verplicht tot het nemen van de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat onderzoek naar of vervolging van de betreffende zedendelicten niet afhankelijk is van de door het slachtoffer of diens vertegenwoordiger gedane klacht. De omstandigheid dat de vervolging van zedende-

van het Verdrag van Lanzarote, op het Nederlands tweesporenstelsel: met strafverzwarende omstandigheden kon in de strafeis en de straftoemeting rekening worden gehouden, maar zij konden ook afzonderlijk in de wet worden omschreven en worden voorzien van een hoger strafmaximum dan dat van het gronddelict.[625] In tegenstelling tot haar insteek bij de implementatie van het Verdrag van Lanzarote, was de regering nu van mening dat beter het tweede spoor kon worden gevolgd (implementatie in formele wetgeving) ‘omwille van een eenduidige implementatie van artikel 9 van de richtlijn’.[626] Uit de memorie van toelichting blijkt dat dit een tweeledige achtergrond had.

Ten eerste had een aantal strafverzwarende gronden genoemd in art. 9 van Richtlijn 2011/93/EU al eerder en onafhankelijk van deze Richtlijn een plek gekregen in de strafwet, namelijk in art. 43a Sr (recidive) en in art. 248 Sr zelf (medeplegen, levensgevaar en misbruik van gezag, onder meer tot stand gekomen door het amendement-De Roon, zie paragraaf 2.8.2.4).

Ten tweede was kort vóór het onderhavige implementatietraject de beslissing genomen om twee nieuwe strafverzwaringsgronden toe te voegen aan art. 273f Sr ter uitvoering van Richtlijn 2011/36/EU inzake mensenhandel. Op grond van die Richtlijn werden de volgende twee strafverzwarende gronden in art. 273f Sr opgenomen (beknopt weergegeven): de omstandigheid dat het betreffende slachtoffer een persoon is die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel een ander persoon is bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt (thans art. 273f lid 3, onder 2° Sr), en de omstandigheid dat de feiten zijn voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld (thans art. 273f lid 3, onder 3° Sr).[627] De grondslag van deze toevoegingen lag in bepalingen van Richtlijn 2011/36/EU die een sterke verwantschap vertoonden met de strafverzwarende gronden genoemd in de voorliggende Richtlijn 2011/93/EU, in art. 9 onder a (‘kwetsbare situatie’) en onder g (‘ernstige geweldpleging’). Gelet op deze omstandigheden werd het, bij de implementatie van Richtlijn 2011/93/EU, evenwichtig geacht om in ieder geval de strafverzwarende gronden genoemd in art. 9 van Richtlijn 2011/93/EU onder a en g te verwerken in art. 248 Sr, en om dit op zo veel mogelijk dezelfde wijze te doen als bij art. 273f Sr was gebeurd (‘kwetsbare positie’ en ‘geweld’).[628] Dit vond uitdrukking in het voorstel om de nieuwe leden 3, 4, 5 en 6 aan art. 248 Sr toe te voegen, zoals die hiervoor zijn weergegeven.

De splitsing tussen het derde en vierde lid en tussen het vijfde en zesde lid was een gevolg van de wens om het bereik van de strafverzwaringsgronden niet verder te laten gaan dan de Richtlijn voorschreef en dus om dat be-

---

licten in Nederland niet afhankelijk is van het bestaan van een klacht, blijkt uit het wettelijk stelsel en niet uit formele wetgeving waarin deze omstandigheid uitdrukkelijk is neergelegd. De parallel tussen art. 9 en art. 15 van de richtlijn is zo bezien erin gelegen dat ‘de nodige maatregelen’ in deze specifieke gevallen reeds zijn getroffen wanneer het formeelwettelijk stelsel de verplichte status-quo realiseert, en niet pas bij een formeelwettelijke regeling die deze status-quo expliciteert.

625 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 14.

626 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 14.

627 *Stb.* 2013, 444; in werking getreden op 15 november 2013 (dossier 33 309).

628 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 14-16.

reik te beperken tot delicten gepleegd tegen personen jonger dan achttien jaar. Met betrekking tot bepaalde delicten hoefde die beperking niet te worden vermeld, omdat die delicten per definitie tegen jeugdigen worden gepleegd (de delicten genoemd in lid 3 en lid 5), terwijl de leeftijdsbeperking bij de meer algemene delicten moest worden geëxpliciteerd (de delicten genoemd in lid 4 en lid 6; daarbij is de omstandigheid opgenomen dat het feit is begaan tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar).[629]

Het voorstel om art. 248 Sr uit te breiden werd in de consultatieronde sterk bekritiseerd door de Nederlandse Orde van Advocaten. Volgens de NOvA kon de rechter al voldoende rekening houden met de betreffende omstandigheden, zoals de rechter altijd al rekening hield met bijvoorbeeld lage of hoge leeftijd of met een handicap van het slachtoffer bij het bepalen van de strafmaat ter zake van verkrachting (art. 242 Sr). 'De praktijk lijkt dus geen enkele behoefte te hebben aan deze strafverzwaringen, die slechts symboolpolitieke gronden lijken te hebben', aldus de beroepsorganisatie. De verhoging van de strafmaat zou geen significante invloed hebben op de voorkoming van misdrijven, de wetsystematiek nodeloos ingewikkeld maken en de praktijk opzadelen met extra bewijsproblemen.[630] Ook de Raad van State toonde zich kritisch. In zijn advies werd aangesloten bij de opmerkingen van de NOvA over de toenemende complexiteit van de wetssystematiek. De Raad vond 'dat deze differentiatie tevens de vraag oproept of er, gezien de relatieve zwaarte van de verschillende misdrijven, nog een voldoende balans bestaat tussen de onderscheiden strafmaxima.'[631] De minister wilde evenwel aan de implementatie vasthouden. Volgens hem hadden eerdere wetswijzigingen niet geleid tot een verstoring in de onderlinge samenhang van de strafbepalingen uit de zedentitel of tot een uitgesproken onbalans in de te onderscheiden strafmaxima. Daarover waren hem ook geen signalen uit de rechtspraktijk bekend. Tegelijkertijd was het van belang, aldus de minister, dat Nederland op het onderhavige beleidsterrein zijn internationale verplichtingen loyaal zou nakomen. Dat desondanks soms overlap tussen strafbepalingen kon ontstaan, achtte hij aanvaardbaar en kwam volgens hem ook elders voor in het Wetboek van Strafrecht.[632]

Met betrekking tot de inhoud van de voorgestelde leden 3, 4, 5, en 6 van art. 248 Sr kwamen tijdens het wetgevingstraject vragen over drie bijzondere punten.

Allereerst werd van verschillende zijden geïnformeerd naar de reden om in lid 3 en 4 te spreken van 'een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt' in plaats van 'een kind in een bijzonder kwetsbare

---

629 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 15, 16.

630 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3 (Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake Implementatie van de richtlijn 2011/93/EU), p. 3.

631 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 4, p. 13-14. De Raad van State gaf hier in het algemeen de suggestie om na te denken over herziening van Titel XIV, Boek 2 Sr. Zie daarover paragraaf 1.1.

632 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 4, p. 14-15.

situatie', zoals de Richtlijn luidde (art. 9 onder a). Het bestanddeel 'misbruik' maakte een beperktere indruk, iets wat een getrouwe implementatie in de weg zou kunnen staan. Voorts werd gevreesd dat het bestanddeel 'misbruik' aanleiding zou geven tot de nodige verweren tijdens het strafproces (bijvoorbeeld het verweer dat de verdachte de kwetsbare situatie niet kende en daarvan in zoverre geen misbruik heeft kunnen maken).[633] De minister stelde dat de keuze voornamelijk voortvloeide uit overwegingen van consistentie, daarbij verwijzend naar de gelijkluidende terminologie van de toegevoegde strafverzwaringsgrond in art. 273f Sr. Daarnaast werd in de memorie van toelichting overwogen:

> 'In de door artikel 9, onder (a), van de richtlijn beschreven gevallen van een kind in een kwetsbare positie, zoals bijvoorbeeld een gehandicapt kind of een kind met een geestelijke stoornis, moet het misbruik van de kwetsbare positie van het slachtoffer, zoals ook het OM stelt, geacht worden besloten te liggen in het plegen van het strafbare feit. Verder kan nog worden gewezen op het feit dat een richtlijn conforme interpretatie van de voorgestelde bepaling toepassing zal kunnen vinden. De kans van slagen van een door het OM geopperd verweer waarbij de verdachte zich erop beroept geen weet van de kwetsbare positie te hebben gehad, moet dan ook als gering worden beschouwd. Nog daargelaten dat een dergelijk verweer ook zou kunnen worden gevoerd in het geval van de door de richtlijn gehanteerde formulering. Naar mijn mening wordt met de voorgestelde bepaling de bescherming geboden die de richtlijn beoogt te bewerkstelligen.'[634]

De minister liet zich in de vervolgstukken op dezelfde wijze uit.[635] Bij de Eerste Kamer werd daar nog het volgende aan toegevoegd:

> '(...) In de door de onderhavige richtlijn bedoelde gevallen van een slachtoffer in een kwetsbare positie, zoals bijvoorbeeld een gehandicapt kind of een kind met een geestelijke stoornis, ligt het misbruik van de positie van het slachtoffer doorgaans reeds besloten in het plegen van het strafbare feit als omstandigheid die het plegen van het feit heeft vergemakkelijkt. Het bewijs voor het bestanddeel misbruik zal in die situatie eenvoudig kunnen worden geleverd. Daarvoor is voldoende dat de dader zich bewust is van de feitelijke omstandigheden van de betrokkene.'[636]

Deze opmerkingen bieden inzicht in het vereiste schuldverband; de mate waarin bij deze strafverzwaringsgrond het opzet van de dader ertoe doet. Op deze bijzondere kwestie wordt nader ingegaan in paragraaf 2.8.3.3.

Het tweede thema waarover vragen werden gesteld, betrof eveneens de nieuwe leden drie en vier, maar in dit geval de specifieke inhoud van het begrip

---

633 Zie het advies van het College van Procureurs-Generaal (bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3; Advies van het College van Procureurs-Generaal inzake Implementatie van de richtlijn 2011/93/EU, p. 5) en opmerkingen gemaakt door leden van de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 5, p. 8-9, 10) en leden van de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2013/14, 33 580, A, p. 4).

634 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 15.

635 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 6, p. 20.

636 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 580, B, p. 7.

'kwetsbare positie'. Relevant zijn hier overweging nr. 22 uit de preambule van Richtlijn 2011/93/EU en de tekst van art. 9 onder a van die Richtlijn:

> (22) In het kader van deze richtlijn dient onder lichamelijk of geestelijk onvermogen tevens het lichamelijk of geestelijk onvermogen te worden verstaan dat wordt veroorzaakt door de invloed van drugs en alcohol.
>
> (...)
>
> Artikel 9 (Verzwarende omstandigheden)
>
> (...)
>
> a) het strafbare feit werd gepleegd jegens een kind in een bijzonder kwetsbare situatie, zoals een kind met een geestelijke of lichamelijke handicap, in een toestand van afhankelijkheid of in een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen;

Uit deze bronnen blijkt dat onder een 'bijzonder kwetsbare situatie' in de zin van de Richtlijn in ieder geval wordt verstaan:

1. een geestelijke of lichamelijke handicap;
2. een toestand van afhankelijkheid;
3. een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen, waaronder een lichamelijk of geestelijk onvermogen veroorzaakt door de invloed van drugs en alcohol.

In de consultatieronde wees het openbaar ministerie in zijn advies op de omstandigheid dat 'een toestand van afhankelijkheid', zoals vermeld in de Richtlijn, ook besloten lag in onderdelen van art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag) en van art. 250 Sr (koppelarij). Door de strafverzwaringsgrond 'kwetsbare positie' op grond van art. 248 lid 3 en lid 4 *nieuw* Sr ook van toepassing te verklaren op art. 249 en 250 Sr, achtte het OM het risico aanwezig dat de afhankelijkheidssituatie tweemaal voor rekening van de verdachte zou kunnen komen.[637]

De minister heeft op de door het OM aangestipte kwestie geen direct antwoord gegeven. Hij heeft zich ook niet uitdrukkelijk uitgelaten over de betekenis van het bestanddeel 'kwetsbare positie' in de zin van het nieuwe art. 248 Sr. Wel is door hem, in relatie tot de invoering van de strafverzwaringsgrond 'misbruik van een kwetsbare positie', een aantal keren de inhoud van art. 9 onder a van de Richtlijn geparafraseerd, waarbij werd gezegd dat daaronder 'onder andere moet worden begrepen de situatie dat het feit wordt gepleegd tegen een kind met een geestelijke of lichamelijke handicap of een kind dat in een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen verkeert'.[638] Evenwel is nergens gerefereerd aan de status van 'een toestand van afhankelijkheid'. De enige specifieke opmerking die in dit kader door de minister is gemaakt, hield verband met art. 243 en 247 Sr. Door de minister is ingezien dat ook art. 243 en 247 Sr personen in een kwetsbare situatie beschermen (wat art. 247 Sr betreft, zal gedoeld zijn op de kwetsbare situaties die ook in art. 243 Sr worden genoemd; de lichamelijke of geestelijke onmacht). Die om-

637 Zie de bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3; Advies van het College van Procureurs-Generaal inzake Implementatie van de richtlijn 2011/93/EU, p. 6. Ook lag 'een toestand van afhankelijkheid' besloten in het al bestaande art. 248 lid 2 Sr; zie dadelijk.

638 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 14. Zie voorts *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 6, p. 20 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33 580, B, p. 7.

standigheden konden volgens de minister ook in strafverzwarende zin van betekenis zijn bij een veroordeling voor een van de andere zedenmisdrijven. Mede daarom werd de nieuwe strafverzwaringsgrond nodig geacht.[639] Zoals blijkt uit het nieuwe derde en vierde lid van art. 248 Sr, is kennelijk op deze gronden besloten om art. 243 en 247 Sr buiten de werkingssfeer te houden; zij staan in art. 248 lid 3 en lid 4 *nieuw* Sr niet vermeld.

Op basis van het voorgaande kan met betrekking tot de invoering van art. 248 lid 3 en lid 4 *nieuw* Sr voorlopig het volgende worden geconstateerd. Ten eerste is bij de totstandkoming van de nieuwe leden niet duidelijk gemaakt in hoeverre onder 'kwetsbare positie' in de zin van art. 248 lid 3 en lid 4 *nieuw* Sr ook 'een toestand van afhankelijkheid' moet worden begrepen. Het openbaar ministerie had in dit verband gewezen op een eventuele doublure in het verwijt bij combinaties tussen art. 248 lid 3 en lid 4 *nieuw* Sr enerzijds en art. 249 en 250 Sr anderzijds. Wat door het openbaar ministerie niet is aangekaart, maar wat hier ook had kunnen worden genoemd, is de relatie tussen 'kwetsbare positie' in art. 248 lid 3 en lid 4 *nieuw* Sr enerzijds en art. 248 lid 2 Sr anderzijds. Immers, in dat tweede lid (geïntroduceerd door het amendement-De Roon; zie paragraaf 2.8.2.4) worden bepaalde afhankelijkheidsrelaties geformuleerd en daarmee ogenschijnlijk vormen van 'een toestand van afhankelijkheid'. Ten derde heeft het niet vermelden van art. 247 Sr als toepasselijke bepaling in art. 248 lid 3 en lid 4 *nieuw* Sr tot gevolg dat de strafverzwaringsgrond 'misbruik van een kwetsbare positie' ook niet van toepassing is op de andere onderdelen van art. 247 Sr, zoals het plegen van ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar. Op deze punten wordt in paragraaf 2.8.3 teruggekomen.

Het derde thema waarover tijdens het implementatietraject vragen werden gesteld, is de verhouding tussen de nieuwe strafverzwaringsgrond dat het feit 'is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld' (art. 248 lid 5 en lid 6 *nieuw* Sr) en de gronddelicten die uit zichzelf al een geweldscomponent kunnen bevatten. Zo wees het openbaar ministerie in zijn advies op het nieuw ontworpen art. 248f (uitlokken van ontucht met een derde), waarin 'geweld' als bestanddeel is opgenomen. Dat bestanddeel komt daarnaast voor in art. 242 (verkrachting) en 246 Sr (aanranding). Het OM achtte ook hier een dubbeltelling van het verwijt aan de orde, omdat de vervulling van het bestanddeel 'geweld' van het gronddelict direct zou meebrengen dat het strafmaximum met een derde zou kunnen worden verhoogd.[640]

De minister reageerde hierop als volgt:

> 'In reactie op de door het OM opgeworpen vraag of het voorgestelde artikel 248f (nieuw) Sr terecht in de opsomming van artikel 248, vijfde lid, Sr wordt opgenomen gezien het feit dat het plegen van geweld tevens een bestanddeel van de delictsomschrijving vormt, wijs ik erop dat de strafverzwarende omstandigheid van artikel 248, vijfde

[639] *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 14.

[640] Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3; Advies van het College van Procureurs-Generaal inzake Implementatie van de richtlijn 2011/93/EU, p. 6.

> lid, Sr ook ziet op geweld gepleegd voorafgaand aan of gevolgd op het strafbare feit. De strafverzwaringsgrond in artikel 248, vijfde lid, Sr heeft daarmee relevantie voor het desbetreffende delict.'[641]

Met de laatste zin lijkt – a contrario – te worden geïmpliceerd dat de strafverzwaringsgrond géén relevantie heeft ingeval het geweld al constitutief onderdeel is van het zedendelict zelf. Het is echter onduidelijk of hier met 'relevantie' wordt gedoeld op materieelrechtelijke gelding of louter op relevantie bij de strafeis en straftoemeting in het concrete geval. Deze kwestie wordt nader besproken in paragraaf 2.8.3.5.

2.8.3 Bijzonderheden

2.8.3.1 Inleiding

Ter bespreking van enkele bijzonderheden in art. 248 Sr wordt dit artikel in zijn huidige vorm nogmaals integraal weergegeven:

> Artikel 248 Sr
>
> 1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
> 2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
> 3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
> 4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
> 5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
> 6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
> 7. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
> 8. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

---

641 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 16.

In paragraaf 2.8.2 is de totstandkoming van art. 248 Sr beschreven, waarbij een aantal bijzonderheden is gesignaleerd. Zo is gebleken dat de wetgever bij enkele aanpassingen in art. 248 Sr op grond van Europese instrumenten, verder is gegaan dan waartoe die instrumenten verplichtten. Dat geldt onder meer voor de invoering van de strafverzwaringsgrond in het nieuwe eerste lid van art. 248 Sr (medeplegen) en de toevoeging van 'te duchten levensgevaar' in het huidige art. 248 lid 7 Sr.[642] Deze gronden bestrijken ook de gevallen waarbij meerderjarigen zijn betrokken, terwijl de internationale instrumenten zich alleen richtten op delicten tegen minderjarigen.

Voorts is met betrekking tot het huidige art. 248 lid 7 Sr vastgesteld dat de wetgever bij de verhoging van het daarin opgenomen strafmaximum van twaalf naar vijftien jaren gevangenisstraf in 2009, niet tevens art. 242 en 244 Sr heeft opgenomen als bepalingen waarop het lid betrekking heeft. Bij het oude maximum van twaalf jaren gevangenisstraf in art. 248 lid 1 Sr zou vermelding van art. 242 en 244 Sr betekenisloos zijn geweest, omdat op overtreding van die artikelen zelf al dat maximum is gesteld. Na de verhoging van het strafmaximum naar vijftien jaar was er wel aanleiding om art. 242 en 244 Sr toe te voegen. Een consequentie van het onvermeld laten van art. 242 en 244 Sr in het huidige zevende lid van art. 248 Sr is dat, bijvoorbeeld, aanranding met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg een hoger strafmaximum heeft dan verkrachting met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg (vijftien jaren versus twaalf jaren gevangenisstraf).[643]

Ten slotte zijn bij de beschrijving van de geschiedenis van art. 248 Sr andere bijzonderheden aan het licht gekomen die nadere bespreking verdienen. Deze bijzonderheden, die betrekking hebben op de huidige leden 2, 3, 4, 5 en 6 van art. 248 Sr, komen hieronder aan bod.

2.8.3.2 Afhankelijkheid (art. 248 lid 2 Sr)

Naar aanleiding van het Verdrag van Lanzarote diende Kamerlid De Roon een amendement in dat onder meer leidde tot invoering van, kort gezegd, de strafverzwaringsgrond 'misbruik van een afhankelijkheidsrelatie' in art. 248 lid 2 Sr (zie paragraaf 2.8.2.4). De summiere toelichting bij het amendement maakte niet duidelijk hoe deze nieuwe strafverzwaringsgrond zich verhoudt tot art. 249 lid 1 Sr, een bepaling die nagenoeg dezelfde, maar niet precies dezelfde terminologie bevat.[644] Zowel de verschillen als de overeenkomsten roepen vragen op. De verschillen zijn in de volgende vergelijking gecursiveerd:

---

642 Zie de paragrafen 2.8.2.2 en 2.8.2.4.

643 Zie paragraaf 2.8.2.3.

644 De Roon had eerst een ander amendement ingediend (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 8) waarin de terminologie in art. 249 lid 1 Sr geheel was gevolgd. Waarom De Roon dit in zijn nieuwe amendement heeft gewijzigd is niet duidelijk; de toelichting vermeldt daarover niets (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 9).

Art. 248 lid 2 Sr	*Art. 249 lid 1 Sr*
zijn kind	*zijn minderjarig kind*
een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin,	*minderjarig stiefkind of minderjarig pleegkind*
pupil	pupil
een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige	een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige
minderjarige bediende of ondergeschikte	minderjarige bediende of ondergeschikte

Tabel 10 - Verschillen tussen art. 248 lid 2 Sr en art. 249 lid 1 Sr

Het eerste verschil is dat in art. 248 lid 2 Sr niet is gekozen voor de term 'minderjarig kind', maar voor de term 'kind'. Daardoor kan men zich afvragen of hier alleen op een minderjarig kind wordt gedoeld. Hoewel veel van de bepalingen genoemd in art. 248 lid 2 Sr alleen tegen minderjarigen kunnen worden begaan, is de vraag relevant voor de combinaties tussen art. 248 lid 2 Sr enerzijds en een van de volgende bepalingen anderzijds: art. 242 Sr (verkrachting), art. 243 Sr (seksueel binnendringen bij een lichamelijk of geestelijk onmachtige), art. 246 Sr (aanranding) en art. 247 Sr (i.c.: ontuchtige handelingen met een lichamelijk of geestelijk onmachtige).

Het feit dat het Verdrag van Lanzarote het begrip 'kind' definieerde als 'iedere persoon jonger dan achttien jaar'[645] is een sterke aanwijzing dat in art. 248 lid 2 Sr geen afwijking is beoogd. Dat over de strekking van het bestanddeel 'kind' toch twijfel kan bestaan, houdt verband met verschillende omstandigheden. Ten eerste wordt het begrip 'kind' soms ruimer uitgelegd dan 'iedere persoon jonger dan achttien jaar'. Dat blijkt reeds uit de gekozen formulering in art. 249 lid 1 Sr. Voorts omvatten de lexicale definities ook de betekenissen 'zoon of dochter ongeacht de leeftijd' of 'afstammeling'[646] en wordt het begrip 'kind' in art. 1:197 e.v. BW eveneens in ruime zin gebezigd. Het gemaakte verschil tussen art. 248 lid 2 Sr en art. 249 lid 1 Sr roept juist deze betekenissen op. Ten tweede speelt mee dat het amendement-De Roon op een ander punt al verder was gegaan dan waartoe het Verdrag van Lanzarote verplichtte (met betrekking tot het medeplegen in lid 1; zie paragraaf 2.8.2.4). Het is dus niet zo dat een ruimere betekenis dan die in het Verdrag van Lanzarote van de hand moet worden gewezen omdat evident zou zijn dat op geen enkele manier is beoogd verder te gaan dan dat verdrag. Ten derde kan worden opgemerkt dat de van art. 249 lid 1 afwijkende termen in art. 248 lid 2 Sr lijken te zijn geïnspireerd op de tekst van art. 304 Sr (strafverzwaringsgronden bij mishandeling):

645 Art. 3 onder a van het Verdrag.

646 Zie bijvoorbeeld de 'Dikke Van Dale' onder het trefwoord 'kind' («www.vandale.nl» online licentie).

> Artikel 304 Sr
> De in de artikelen 300-303 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd:
> 1°. ten aanzien van de schuldige die het misdrijf begaat tegen zijn moeder, zijn vader tot wie hij in familierechtelijke betrekking staat, zijn echtgenoot, zijn levensgezel, *zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent of een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin*;[647]
> (…)

Het begrip 'zijn kind' staat al sinds 1886 in art. 304 Sr. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat het de wetgever bij de invoering van art. 304 Sr te doen was om de schending van een plicht tot bescherming, een plicht die, los van leeftijd, rustte bij kinderen ten opzichte van hun ouders, bij ouders ten opzichte van hun kinderen en bij echtgenoten ten opzichte van elkaar.[648] Het begrip 'zijn kind' is daar dus kennelijk in de ruime zin gebezigd ('zoon of dochter ongeacht de leeftijd' of 'afstammeling'). Wanneer wordt aangenomen dat art. 304 Sr de bron is van het alleenstaande begrip 'zijn kind' in art. 248 lid 2 Sr, dan leidt dat eveneens tot de conclusie dat dit begrip in art. 248 lid 2 Sr niet aan leeftijd is gebonden.

Al met al is dus gerede twijfel mogelijk over de reikwijdte van 'zijn kind' in de zin van art. 248 lid 2 Sr. Voor beide lezingen ('zoon of dochter jonger dan achttien jaar' en 'zoon of dochter ongeacht de leeftijd') bestaan argumenten, terwijl deze kwestie doorslaggevend is voor, bijvoorbeeld, het strafmaximum bij een verkrachting gepleegd tegen zijn meerderjarig kind.

Het tweede verschil houdt verband met de termen in ar. 248 lid 2 Sr die eveneens lijken te zijn overgenomen uit art. 304 Sr: 'een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin'. In 2009 is deze uitdrukking aan art. 304 Sr toegevoegd om de bescherming tegen kindermishandeling in huiselijk verband uit te breiden tot zo veel mogelijk samenlevingsvormen.[649] De uitdrukking is ruimer dan 'minderjarig stiefkind of minderjarig pleegkind' in de zin van art. 249 lid 1 Sr. Hoewel in de toelichting op het amendement-De Roon de keuze voor deze uitdrukking niet wordt gemotiveerd, houdt zij waarschijnlijk verband met de formulering in het Verdrag van Lanzarote. Als strafverzwarende omstandigheid werd daarin genoemd dat het feit werd gepleegd 'door een familielid, een persoon die met het kind samenwoont of een persoon die zijn of haar gezag heeft misbruikt'.[650]

Materieelrechtelijk heeft dit verschil tussen art. 248 lid 2 Sr en art. 249 lid 1 Sr waarschijnlijk weinig gevolgen, omdat de beperkingen van 'minderjarig stiefkind of minderjarig pleegkind' (art. 249 lid 1 Sr) kunnen worden opgevangen door het bestanddeel 'een aan zijn zorg (…) of waakzaamheid toe-

---

647 Cursivering toegevoegd.

648 Zie Smidt II, p. 455, 480. Zie over deze aspecten van art. 304 Sr voorts Schrama, *DD* 2009/25.

649 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 386, nr. 9, p. 7-8 (de nieuwe zinsnede is in werking getreden op 1 juli 2009; *Stb.* 2009, 245).

650 Art. 28 onder d van het Verdrag van Lanzarote.

vertrouwde minderjarige' (welk bestanddeel zowel voorkomt in art. 248 lid 2 Sr als in art. 249 lid 1 Sr).[651] Wanneer het gaat om een kind over wie de dader het gezag uitoefent of om een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin (art. 248 lid 2 Sr) zal dat in de regel meebrengen dat het ook gaat om een kind dat aan de zorg of waakzaamheid van de dader is toevertrouwd. Dit neemt niet weg dat het onderhavige verschil tussen art. 248 lid 2 Sr en art. 249 lid 1 Sr opvallend is.

De overeenkomsten tussen art. 248 lid 2 Sr en art. 249 lid 1 Sr roepen de vraag op hoe beide bepalingen zich tot elkaar verhouden, in het bijzonder hoe de strafmaxima van bepaalde combinaties tussen art. 248 lid 2 Sr en andere delicten zich verhouden tot het strafmaximum van art. 249 lid 1 Sr. Deze combinaties worden weergegeven in paragraaf 2.8.3.8 en worden nader geëvalueerd in hoofdstuk 4.[652]

Ten slotte kan erop worden gewezen dat het begrip 'kwetsbare positie' in de zin van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr mogelijk zo ruim is, dat daaronder ook geheel of gedeeltelijk de afhankelijkheidsrelaties van art. 248 lid 2 Sr te brengen zijn. Deze ogenschijnlijke overlapping wordt nu besproken.

2.8.3.3 Misbruik van een kwetsbare positie (art. 248 lid 3 en 4 Sr): wat voor omstandigheden?

De invoering van het huidige derde en vierde lid van art. 248 Sr werd nodig geacht op grond van Richtlijn 2011/93/EU, art. 9 onder a. De achtergrond hiervan is geschetst in paragraaf 2.8.2.5. De formulering in de Richtlijn was niet 'misbruik van een kwetsbare positie', maar de omstandigheid dat het feit was gepleegd 'jegens een kind in een bijzonder kwetsbare positie'.

Door de regering is de indruk gewekt dat enerzijds de eigen terminologie ('kwetsbare positie') is gekozen omdat dit zou aansluiten bij de terminologie die reeds was gebruikt in art. 273f Sr, maar dat anderzijds met de eigen terminologie ('kwetsbare positie') geen wezenlijk andere betekenis werd beoogd dan die van de termen in de Richtlijn ('bijzonder kwetsbare situatie'). Zoals eerder is weergegeven, kan de nadere inhoud van 'bijzonder kwetsbare situatie' worden afgeleid uit overweging nr. 22 van de preambule van Richtlijn 2011/93/EU en uit de tekst van art. 9 onder a van die Richtlijn:

> (22) In het kader van deze richtlijn dient onder lichamelijk of geestelijk onvermogen tevens het lichamelijk of geestelijk onvermogen te worden verstaan dat wordt veroorzaakt door de invloed van drugs en alcohol.
>
> (…)
>
> Artikel 9 (Verzwarende omstandigheden)
>
> (…)

[651] Vgl. HR 7 januari 1997, *NJ* 1997/361, m.nt. 't Hart (Stiefkind), waarin de Hoge Raad zijn restrictieve interpretatie van 'stiefkind' in de zin van art. 249 lid 1 Sr onder meer verdedigt door te wijzen op het ruimere 'aan zijn zorg (…) of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige' in dezelfde bepaling (r.o. 4.3.2).

[652] Paragraaf 4.5.8 en 4.6.3.2.

a) het strafbare feit werd gepleegd jegens een kind in een bijzonder kwetsbare situatie, zoals een kind met een geestelijke of lichamelijke handicap, in een toestand van afhankelijkheid of in een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen;

Onder een 'bijzonder kwetsbare situatie' in de zin van de Richtlijn kan dus in ieder geval worden verstaan:

1. een geestelijke of lichamelijke handicap;
2. een toestand van afhankelijkheid;
3. een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen, waaronder een lichamelijk of geestelijk onvermogen veroorzaakt door de invloed van drugs en alcohol.

Deze beschrijvingen geven een concrete indicatie van de inhoud van een 'bijzondere kwetsbare situatie' in de zin van Richtlijn 2011/93/EU en daarmee van een 'kwetsbare positie' in de zin van art. 248 Sr. Zo lijken de bijzondere lichamelijke en geestelijke toestanden zoals beschreven in art. 243 en 247 Sr (zoals 'lichamelijke onmacht' en 'verminderd bewustzijn') onder 'kwetsbare positie' te vallen. De wetgever heeft art. 243 en 247 Sr van de werking van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr uitgesloten. In de rede ligt dat dit is gebeurd om een doublure van het verwijt te voorkomen, maar hierop is in het implementatietraject niet ingegaan. In ieder geval kunnen de bedoelde toestanden in art. 243 en 247 Sr strafverzwarend werken met betrekking tot de wel in art. 248 lid 3 en lid 4 Sr opgenomen bepalingen.

De vingerwijzingen in de Richtlijn roepen ook vragen op. In hoeverre valt ook 'een toestand van afhankelijkheid' onder 'een kwetsbare positie' in de zin van art. 248 lid 3 en 4 Sr? Op grond van het Verdrag van Lanzarote is art. 248 lid 2 Sr ingevoerd, de in de vorige paragraaf besproken strafverzwaringsgrond die zich juist al op een toestand van afhankelijkheid lijkt te richten:

Artikel 248 Sr

(...)

2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.

(...)

In paragraaf 2.8.2.5 bleek dat de minister niet is ingegaan op de verhouding tussen 'een toestand van afhankelijkheid' in de zin van art. 9 van Richtlijn 2011/93/EU en 'een kwetsbare positie' in de zin van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr. Zoals gezegd is de indruk gewekt dat met de termen in die artikelleden ('een kwetsbare positie') geen wezenlijk andere betekenis werd beoogd dan die van de termen in de Richtlijn ('bijzonder kwetsbare situatie'). Indien voorlopig wordt aangenomen dat deze component ('een toestand van afhankelijkheid') niet categorisch van 'een kwetsbare positie' is uitgesloten, is de volgende vraag wat moet worden begrepen onder 'een toestand van afhankelijkheid'.

Deze vraag is erop gericht helder te krijgen in hoeverre overlap bestaat tussen art. 248 lid 2 Sr enerzijds en art. 248 lid 3 en lid 4 Sr anderzijds.

Bij het aftasten van deze kwestie moet eerst worden geconstateerd dat art. 9 van Richtlijn 2011/93/EU een vergelijkbare overlap lijkt te bezitten (met toegevoegde cursivering):

> Artikel 9 (Verzwarende omstandigheden)
> (...)
> a) het strafbare feit werd gepleegd jegens een kind in een bijzonder kwetsbare situatie, zoals een kind met een geestelijke of lichamelijke handicap, *in een toestand van afhankelijkheid* of in een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen;
> b) *het strafbare feit werd gepleegd door een gezins- of familielid van het kind, een persoon die met het kind samenwoont of een persoon die misbruik heeft gemaakt van een erkende positie van vertrouwen of gezag*;
> (...)

Omdat de Richtlijn weinig helderheid verschaft in de verhouding tussen art. 9 onder a en art. 9 onder b, kan worden gekeken naar het *explanatory report* bij het Verdrag van Lanzarote. De inrichting van Richtlijn 2011/93/EU leunde voor een belangrijk deel op dit verdrag, dat op dat moment als hoogste internationale norm op het betreffende terrein werd gezien.[653] In art. 18 VvL werd onder meer de verplichting geformuleerd om voor de volgende gedragingen strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren (cursivering toegevoegd):

> engaging in sexual activities with a child where:
> - use is made of coercion, force or threats; or
> - *abuse is made of a recognised position of trust, authority or influence over the child, including within the family*;
> - abuse is made of a particularly vulnerable situation of the child, notably because of a mental or physical disability or *a situation of dependence*.

In het *explanarory report* werd over het tweede gedachtestreepje het volgende overwogen:

> '124. The second indent provides that children in certain relationships must be protected, even when they have already reached the legal age for sexual activities and the person involved does not use coercion, force or threat. These are situations where the persons involved abuse a relationship of trust with the child resulting from a natural, social or religious authority which enables them to control, punish or reward the child emotionally, economically, or even physically. Such relationships of trust normally exist between the child and his or her parents, family members, foster or adoptive parents, but they could also exist in relation to persons who:
> – have parental or caretaking functions; or,
> – educate the child; or,

[653] Zie o.m. COM(2009) 135 definitief. De Europese Unie leek er evenwel onvoldoende vertrouwen in te hebben dat het Verdrag van Lanzarote door alle EU-lidstaten snel en adequaat zou worden geïmplementeerd. Daarnaast bleek dat de voorloper van 2011/93/EU, Kaderbesluit 2004/68/JBZ, was achterhaald door de voortschrijdende technologische ontwikkelingen en de nieuwe vormen van seksueel misbruik die daarmee samenhingen. Vgl. De Souter & Janssens de Bisthoven 2011, p. 223-224.

> – provide emotional, pastoral, therapeutic or medical care; or,
> – employ or have financial control over the child; or,
> – otherwise exercise control over the child.
> Volunteers who look after children in their leisure-time or during voluntary activities, for example at holiday-camps or in youth organisations, can also be viewed as holding positions of trust. This list is not exhaustive, but aims at giving a description of the wide range of the recognised positions of trust, authority or influence.
>
> 125. The reference to "including within the family" clearly intends to highlight sexual abuse committed in the family. Research has demonstrated this to be one of the most frequent and most psychologically damaging form of child sexual violence with long-lasting consequences for the victim. Further, the term "family" refers to the extended family.'

Over het derde gedachtestreepje meldde het *explanatory report* (cursivering toegevoegd):

> '126. The third indent relates to abuse of a particularly vulnerable situation of the child, notably because of a mental or physical disability or a situation of dependence. Disability includes children with physical and sensory impairments, intellectual disabilities and autism, and mentally ill children. A "situation of dependence" refers not only to children with drug or alcohol addiction problems, but also to situations in which a child has become intoxicated by alcohol or drugs whether through his or her own actions or by the perpetrator, and whose subsequent vulnerability is then abused. *The term dependence also covers other situations in which the child has no other real and acceptable option than to submit to the abuse. The reasons for such situations may be physical, emotional, family-related, social or economic, such as, for example an insecure or illegal administrative situation, a situation of economic dependence or a fragile state of health. In such a case the child may consent to the sexual relations, but his or her situation of vulnerability renders the capacity to consent invalid. Notions of particular vulnerability of a child and situations of dependence could also cover acts committed against children in the framework of activities within sects which are characterised by a physical and mental isolation of the child who is cut off from the outside world and very often subjected to various forms of brainwashing. The situation of unaccompanied migrant minors could also fall within the situation of particular dependence or vulnerability.'*[654]

Hoewel de twee categorieën in art. 18 VvL van elkaar te onderscheiden kernen bezitten, blijkt ook dat zij elkaar op bepaalde punten overlappen. De afhankelijkheidsrelaties die in het *explanatory report* worden beschreven met betrekking tot het tweede gedachtestreepje, lijken te passen in bepaalde (gecursiveerde) formuleringen bij de uitleg van een 'situation of dependence' in het derde gedachtestreepje. Dat komt door de ruime strekking die wordt gegeven aan een 'situation of dependence', een afhankelijkheid die, blijkens de toelichting, kan voortvloeien uit psychische, emotionele, familie-gerelateerde, sociale of economische factoren. De 'recognised positions' zoals omschreven bij het tweede gedachtestreepje lijken in zoverre geformaliseerde 'situations of dependance' zoals bedoeld bij het derde gedachtestreepje.

---

654 *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (beschikbaar op «coe.int»).

Nu iets meer duidelijk is geworden over de vraag wat onder 'een situatie van afhankelijkheid' in de zin van art. 9 van Richtlijn 2011/93/EU zou kunnen worden verstaan, kan de blik opnieuw worden gericht op art. 248 Sr. Wanneer de voorgaande vergelijkingen tot uitgangspunt worden genomen, lijkt de conclusie te moeten zijn dat art. 248 lid 2 Sr bijzondere 'kwetsbare posities' weergeeft in de zin van art. 248 lid 3 en 4 Sr, namelijk kwetsbare posities die verband houden met het bestaan van een (min of meer) formele afhankelijkheidsrelatie. Dit brengt mee dat een afhankelijkheidsrelatie genoemd in art. 248 lid 2 Sr, in beginsel ook door het bestanddeel 'kwetsbare situatie' in de zin van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr wordt gedekt.

Deze veronderstelde overlap zorgt niet alleen voor een moeilijke afbakening van de strafverzwaringsgronden, maar brengt ook opnieuw de vraag van het openbaar ministerie in beeld over de mogelijke dubbeltelling van het verwijt in art. 248 lid 3 en lid 4 Sr. In deze leden van art. 248 Sr wordt de strafverzwaringsgrond 'misbruik maken van een kwetsbare positie' eveneens van toepassing verklaard op art. 249 en 250 Sr, waarin het bestaan van een afhankelijkheid reeds onderdeel is van het verwijt.[655] Zoals beschreven in paragraaf 2.8.2.5, heeft de minister op de vraag van het OM geen concreet antwoord gegeven. Uit het feit dat de regering art. 243 en 247 Sr (waarin 'kwetsbare posities' met een lichamelijke of geestelijke oorzaak worden genoemd) niet heeft vermeld in art. 248 lid 3 en 4 Sr, zou kunnen worden afgeleid dat wel degelijk de wens bestond om dubbeltellingen van het verwijt te voorkomen. Maar dan zou ook voor de hand hebben gelegen om, als antwoord op de vraag van het OM, uit te spreken dat de afhankelijkheidsrelaties genoemd in art. 249 en 250 Sr niet geacht worden te vallen onder een 'kwetsbare positie' in de zin van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr. Dat antwoord is niet gegeven.

Met betrekking tot de hier veronderstelde overlap tussen 248 lid 2 Sr en art. 248 lid 3 en lid 4 Sr kan voorts worden gesignaleerd dat de overlap in ieder geval in theorie de mogelijkheid openlaat dat de afhankelijkheid van het slachtoffer wordt gekoppeld aan zowel art. 248 lid 2 als aan art. 248 lid 3 of lid 4 Sr, wat tweemaal een verhoging van het strafplafond tot gevolg zou hebben.[656]

Op basis van de geschetste problemen die de overlap tussen 248 lid 2 Sr en art. 248 lid 3 en lid 4 Sr kunnen meebrengen, zou gekozen kunnen worden voor een interpretatieve correctie; de afhankelijkheidsrelaties genoemd in art. 248 lid 2 Sr zouden op systematische gronden kunnen worden geweerd uit de werkingssfeer van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr. Dat kan evenwel leiden tot andere moeilijkheden, in het bijzonder in zaken waarbij het OM blijkens de tenlastelegging heeft geopteerd voor art. 248 lid 3 of lid 4 Sr, maar inhoudelijk (ook) sprake lijkt te zijn van een relatie als bedoeld in art. 248 lid 2 Sr. Dit vergt aanvullend onderzoek van de rechter naar de toepasselijkheid van art. 248 lid

655 Dat geldt in ieder geval voor art. 249 Sr en art. 250 lid 1, onder 1° Sr.

656 Zie over de cumulatie van strafverzwaringsgronden en de bijzondere vragen die daarbij rijzen: paragraaf 2.8.3.6.

2 Sr en, bij toepasselijkheid, naar de gevolgen die daaraan, gegeven de woorden van de tenlastelegging, verbonden kunnen worden.

Ten aanzien van de inhoud van het bestanddeel 'kwetsbare positie' kan ten slotte worden opgemerkt dat dit bestanddeel tevens is opgenomen in art. 273f Sr, zowel in afzonderlijke delicten (art. 273f lid 1, onder 1°, 4°, 7°, en 9° Sr) als in de strafverzwaringsgronden (art. 273f lid 3, onder 2° Sr). Daarnaast bepaalt art. 273f lid 6 Sr dat onder 'kwetsbare positie' in de zin van art. 273f Sr mede wordt begrepen een situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan. Deze laatste omschrijving was ook te herkennen in het *explanatory report* van het Verdrag van Lanzarote, bij de uitleg van de term 'situation of dependence'.[657] Voor de uitleg van een 'kwetsbare positie' in de zin van art. 248 Sr kan dus ook te rade worden gegaan bij de uitleg van het gelijkluidende bestanddeel in art. 273f Sr. In art. 273f Sr krijgt dit bestanddeel een ruime invulling, waarbij betekenis toekomt aan de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer zelf en de kwetsbaarheden van het slachtoffer die voortvloeien uit de relatie met de dader.[658] Van der Meij constateert dat in art. 273f Sr geen essentieel verschil lijkt te bestaan tussen de daarin voorkomende middelen 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' en 'misbruik van een kwetsbare positie'.[659] Bij dit alles dient echter weer betrokken te worden dat deze duidingen in de context van art. 273f Sr geen rekening houden met de zojuist besproken begrenzingproblematiek bij art. 248 lid 3 en lid 4 Sr. De afhankelijkheidsrelaties genoemd in art. 248 lid 2 Sr zouden immers wellicht van de inhoud van 'kwetsbare positie' in de zin van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr moeten worden uitgezonderd. Onder 'kwetsbare positie' in art. 248 lid 3 en lid 4 Sr zouden in dat geval dus niet zonder meer alle gevallen van art. 273f lid 6 Sr kunnen worden gebracht (een situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan).

Ook het bestanddeel 'kwetsbare positie' in art. 273f lid 3, onder 2° Sr (dus in de context van een strafverzwaringsgrond) heeft een ruime strekking. De strafverzwaringsgrond is toegevoegd als onderdeel van de implementatie van Richtlijn 2011/36/EU inzake mensenhandel. Uit die Richtlijn en het daaraan verbonden implementatietraject blijkt dat in dit kader een 'kwetsbare positie' per definitie al aanwezig is wanneer het gaat om een minderjarige en dat een 'kwetsbare positie' voorts kan voortvloeien uit bijvoorbeeld geslacht, zwangerschap, gezondheidsproblemen en handicaps.[660] Dat enkel de jeugdige leeftijd al een 'kwetsbare positie' oplevert, is in art. 273f lid 3, onder 2° Sr buiten twijfel gesteld door die leeftijd uitdrukkelijk te noemen. Deze omstan-

---

657 Daarin werd gesproken van 'situations in which the child has no other real and acceptable option than to submit to the abuse'. Zie hiervoor, p. 251.

658 Vgl. HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR0448.

659 Zie zijn commentaar in T&C-Sr 2014, aant. 9c bij art. 273f Sr.

660 Vgl. Richtlijn 2011/36/EU, preambule overweging 12 en art. 4; *Kamerstukken II* 2011/12, 33 309, nr. 3, p. 13-14; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 309, nr. 6, p. 13-14.

digheden geven tegelijkertijd aan dat in het kader van Richtlijn 2011/36/EU en art. 273f Sr de 'kwetsbare positie' ruimer is dan in het kader van Richtlijn 2011/93/EU en art. 248 Sr. Vanwege de opzet van Richtlijn 2011/93/EU en de systematiek van art. 248 Sr moet worden aangenomen dat de enkele minderjarigheid van het slachtoffer nog niet meebrengt dat sprake is van een kwetsbare situatie in de zin van art. 248 lid 3 of lid 4 Sr.[661] Dat voor de uitleg van 'kwetsbare positie' in dat opzicht niet te rade moet worden gegaan bij art. 273f lid 3, onder 2° Sr, laat zich echter niet eenvoudig afleiden uit de tekst van art. 248 Sr.

2.8.3.4 Misbruik van een kwetsbare positie (art. 248 lid 3 en 4 Sr): schuldverband?

In paragraaf 2.8.2.5 is beschreven hoe bij de invoering van het huidige derde en vierde lid van art. 248 Sr vragen werden gesteld over de keuze van de regering om in die artikelleden te spreken van 'een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt' in plaats van 'een kind in een bijzonder kwetsbare situatie', zoals het in Richtlijn 2011/93/EU luidde (art. 9 onder a). Het bestanddeel 'misbruik' maakte een beperktere indruk, iets wat een getrouwe implementatie in de weg zou kunnen staan. Verder werd gevreesd dat het bestanddeel 'misbruik' aanleiding zou geven tot de nodige verweren tijdens het strafproces (bijvoorbeeld het verweer dat de verdachte de kwetsbare situatie niet kende en daarvan in zoverre geen misbruik heeft kunnen maken). Deze vragen kunnen zo worden verstaan dat werd geïnformeerd naar eventuele subjectieve factoren in de uitdrukking 'misbruik maken' (art. 248 lid 3 en lid 4 Sr) en dat dus werd geïnformeerd naar een eventueel schuldverband in de strafverzwaringsgrond 'misbruik maken van een kwetsbare situatie'.

Op voorhand is het bestaan van een schuldverband bij de onderhavige strafverzwaringsgrond ongewis. Van objectieve strafverzwarende gevolgen zoals 'zwaar lichamelijk letsel' in het huidige art. 248 lid 7 Sr, is duidelijk dat zij volledig zijn geobjectiveerd. Niet is vereist dat het opzet van de dader was gericht op het veroorzaken van zwaar lichamelijk letsel. Daarentegen kan alleen sprake zijn van 'gepleegd door twee of meer verenigde personen' (medeplegen; art. 248 lid 1 Sr) wanneer het opzet van de dader daarop was betrokken. Op welk punt binnen het spectrum van deze uitersten het 'misbruik maken' ligt, is op voorhand niet te zeggen. 'Misbruik maken' impliceert opzettelijk handelen, maar zou ook als objectief begrip kunnen worden gedefinieerd. In de delicten genoemd in art. 273f lid 1 Sr is voor het bestanddeel 'misbruik van een kwetsbare positie' toereikend dat de dader zich bewust was van de relevante feitelijke omstandigheden van de betrokkene waaruit de kwets-

[661] Zou minderjarigheid in art. 248 Sr op zichzelf al een 'kwetsbare positie' opleveren, dan zou art. 248 lid 3 Sr een integrale en gestandaardiseerde verhoging van alle betreffende strafmaxima behelzen (de genoemde bepalingen worden immers altijd tegen minderjarigen gepleegd) en voorts zou bij art. 248 lid 4 Sr de vermelding van de leeftijd hebben volstaan, terwijl thans de leeftijd en de 'kwetsbare positie' als twee afzonderlijke voorwaarden staan genoemd.

bare positie voortvloeide (ten minste in de zin van voorwaardelijk opzet).[662] Maar daarmee is nog niet gezegd dat eenzelfde eis geldt voor art. 248 Sr, in het bijzonder wanneer het 'misbruik van een kwetsbare positie' de status van een strafverzwaringsgrond heeft, een status waarin objectivering frequenter voorkomt dan op delictsniveau.

Naar aanleiding van de eerder genoemde vragen bij de totstandkoming van het huidige derde en vierde lid van art. 248 Sr, stelde de minister dat de keuze voor de betreffende terminologie voornamelijk voortvloeide uit overwegingen van consistentie, daarbij verwijzend naar de vergelijkbare terminologie van de toegevoegde strafverzwaringsgrond in art. 273f Sr. Daarnaast werd in de memorie van toelichting overwogen (zoals eerder weergegeven in paragraaf 2.8.2.5):

> 'In de door artikel 9, onder (a), van de richtlijn beschreven gevallen van een kind in een kwetsbare positie, zoals bijvoorbeeld een gehandicapt kind of een kind met een geestelijke stoornis, moet het misbruik van de kwetsbare positie van het slachtoffer, zoals ook het OM stelt, geacht worden besloten te liggen in het plegen van het strafbare feit. Verder kan nog worden gewezen op het feit dat een richtlijn conforme interpretatie van de voorgestelde bepaling toepassing zal kunnen vinden. De kans van slagen van een door het OM geopperd verweer waarbij de verdachte zich erop beroept geen weet van de kwetsbare positie te hebben gehad, moet dan ook als gering worden beschouwd. Nog daargelaten dat een dergelijk verweer ook zou kunnen worden gevoerd in het geval van de door de richtlijn gehanteerde formulering. Naar mijn mening wordt met de voorgestelde bepaling de bescherming geboden die de richtlijn beoogt te bewerkstelligen.'[663]

De minister liet zich in de vervolgstukken op dezelfde wijze uit.[664] Bij de Eerste Kamer werd daar nog het volgende aan toegevoegd:

> '(...) In de door de onderhavige richtlijn bedoelde gevallen van een slachtoffer in een kwetsbare positie, zoals bijvoorbeeld een gehandicapt kind of een kind met een geestelijke stoornis, ligt het misbruik van de positie van het slachtoffer doorgaans reeds besloten in het plegen van het strafbare feit als omstandigheid die het plegen van het feit heeft vergemakkelijkt. Het bewijs voor het bestanddeel misbruik zal in die situatie eenvoudig kunnen worden geleverd. Daarvoor is voldoende dat de dader zich bewust is van de feitelijke omstandigheden van de betrokkene.'[665]

In de memorie van toelichting lijkt nog op twee gedachten te worden gehinkt. Enerzijds wordt daarin ogenschijnlijk een objectieve definitie gegeven, dus een definitie waarbij het opzet op het 'misbruik maken van een kwetsbare positie' niet relevant is. De memorie van toelichting geeft immers aan dat het misbruik 'moet worden geacht' besloten te liggen in het plegen van het grondfeit. Anderzijds wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat de kans van slagen van een verweer met betrekking tot het weet hebben van de kwetsbare positie als 'gering' wordt beschouwd. Dit impliceert dat dit 'weet

662 HR 27 oktober 2009, *NJ* 2010/598, m.nt. Buruma.
663 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 15.
664 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 6, p. 20.
665 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 580, B, p. 7.

hebben van' er materieelrechtelijk wel toe doet, maar dat het bewijsrechtelijk geen groot obstakel hoeft te vormen. Wat in dit verband in de memorie van toelichting precies wordt bedoeld met een richtlijnconforme interpretatie, is niet duidelijk. De Richtlijn geeft immers geen verplichtingen ten aanzien van het benodigde opzet. De uitdrukking 'een kind in een bijzonder kwetsbare situatie' (Richtlijn 2011/93/EU) oogt weliswaar objectiever dan 'een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt' (art. 248 Sr), maar zonder uitdrukkelijke verplichtingen op het punt van het schuldverband zou ook kunnen worden aangenomen dat de uitwerking van het schuldverband een zaak is van de lidstaten zelf.

In ieder geval lijkt de slotopmerking van de minister bij de Eerste Kamer het schuldverband buiten twijfel te stellen. Hij overwoog dat het betreffende misbruik 'doorgaans' reeds besloten lag in het plegen van het grondfeit, en dat voldoende was dat de dader zich bewust was van de feitelijke omstandigheden van de betrokkene (die samen de 'kwetsbare situatie' vormen). Daarbij lijkt aansluiting te zijn gezocht bij de uitleg van 'misbruik van een kwetsbare positie' op delictsniveau (art. 273f lid 1 Sr; zie hiervoor). Niet is nodig dat de dader *opzettelijk misbruik* maakte van de kwetsbare positie, maar wel dat de dader wetenschap had van de betreffende omstandigheden, waarbij voorwaardelijk opzet volstaat.[666]

2.8.3.5 Geweld (art. 248 lid 5 en lid 6 Sr)

In art. 248 lid 5 en lid 6 Sr is de strafverzwaringsgrond opgenomen dat de feiten zijn 'voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld'. In paragraaf 2.8.2.5 is de totstandkoming van deze leden besproken. Daarbij kwam naar voren dat het openbaar ministerie zich bij de consultatieronde afvroeg of deze strafverzwaringsgrond in sommige gevallen niet zou zorgen voor een oneigenlijke dubbeltelling van de geweldscomponent. Het OM wees op art. 248f Sr (uitlokken van ontucht met een derde), maar eveneens hadden daarbij art. 242 Sr (verkrachting) en 246 Sr (aanranding) kunnen worden genoemd; in al deze bepalingen is 'geweld' bestanddeel, terwijl zij ook aan de onderhavige strafverzwaringsgrond zijn gekoppeld.

De minister verdedigde de koppeling van de strafverzwaringsgrond aan art. 248f Sr door te overwegen dat de strafverzwaringsgrond 'ook ziet op geweld gepleegd voorafgaand aan of gevolgd op het strafbare feit'. De strafverzwaringsgrond 'heeft daarmee relevantie voor het desbetreffende delict', aldus de minister.[667]

De vraag die zich hier opdringt, is of hiermee, a contrario, is gezegd dat de strafverzwaringsgrond géén relevantie heeft ingeval het geweld al constitutief onderdeel is van het zedendelict zelf. Gesteld dat de strafverzwarings-

---

666 Het hier gemaakte verschil kan ook worden gerelativeerd wanneer wordt aangenomen dat iemand die ondanks wetenschap van de feitelijke omstandigheden toch handelt, daarmee bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat misbruik wordt gemaakt van die omstandigheden.

667 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 16.

grond in die gevallen geen relevantie heeft, is de vervolgvraag of met 'relevantie' werd gedoeld op materieelrechtelijke gelding of louter op relevantie bij de strafeis en straftoemeting in het concrete geval. Het lastige van deze kwestie is dat zij bepalend is voor het strafplafond, terwijl van een oneigenlijke dubbeltelling niet noodzakelijkerwijs sprake hoeft te zijn. Hiermee wordt het volgende bedoeld.

Beredeneerd zou kunnen worden dat bij de toepassing van de strafverzwaringsgrond op een geval van art. 242, 246 of 248f Sr gepleegd door middel van geweld, geen sprake is van een dubbeltelling, maar enkel van een verhoogd strafmaximum voor het betreffende gewelddadige zedendelict tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar. Door dit in te bedden in art. 248 Sr hoeft daarvoor geen aparte delictsomschrijving te worden gecreëerd. Ter illustratie kan worden gekeken naar art. 248f Sr: indien een geval van overtreding van art. 248f Sr door middel van geweld veel ernstiger wordt geacht dan overtreding van dat artikel door middel van bedreiging, dan zou dat aanleiding kunnen zijn om voor de gevallen waarin geweld is gepleegd een aparte delictsomschrijving te maken met een hoger strafmaximum. Een andere methode is om het geweld aan te wijzen als strafverzwarende grond. Vanuit dit perspectief vindt bij de toepassing van de strafverzwaringsgrond geen dubbeltelling plaats, maar komt daarin enkel het verzwaarde verwijt tot uitdrukking. Dit perspectief komt nog sterker naar voren in de toepassing van de strafverzwaringsgrond bij art. 242 of 246 Sr gepleegd door geweld. Die bepalingen worden niet per definitie gepleegd tegen jeugdigen, waardoor de strafverzwaringsgrond een dubbele lading heeft: de verhoging van het strafmaximum rust zowel op de geweldscomponent als op de jeugdige leeftijd van het slachtoffer.[668]

Een voorbeeld waarin het bedoelde systeem buiten de zedentitel is gevolgd (strafverzwaring als uitdrukking van de ernst van het gronddelict zelf) is gelegen in art. 273f lid 1 sub 5° jo. lid 3 sub 2° Sr. In art. 273f lid 3 sub 2° Sr wordt een verhoogd strafplafond (vijftien jaar gevangenisstraf in plaats van twaalf jaar) van toepassing verklaard op alle feiten genoemd in lid 1, onder meer voor het geval dat het slachtoffer de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt. Het delict geformuleerd in lid 1 sub 5° wordt evenwel per definitie gepleegd tegen iemand van die leeftijd. Toch betreft de strafverhoging in

668 Tegen het weergegeven perspectief zou kunnen worden ingebracht dat het de wetgever klaarblijkelijk te doen was om een grond voor strafverzwaring en niet om een herwaardering van een specifiek zedendelict. Dat hoeft echter niet zonder meer het geval te zijn. Op grond van de informatie uit de wetsgeschiedenis kan weliswaar worden gezegd dat invoering van art. 248 lid 5 en lid 6 Sr heeft plaatsgevonden op grond van de strafverzwaringsgronden in Richtlijn 2011/93/EU. Maar daarnaast heeft de wetgever ook moeten letten op art. 5 aanhef en onder iii van die Richtlijn, waarin de verplichting wordt geformuleerd om het aangaan van seksuele handelingen met een seksueel minderjarig kind, waarbij gebruik wordt gemaakt van dwang, geweld of bedreigingen, te bestraffen met een maximumgevangenisstraf van ten minste tien jaar (in ieder geval voor de ernstigste gevallen; zie overweging 13 van de preambule van Richtlijn 2011/93/EU). Dat maximum wordt in geval van aanranding van een seksueel minderjarige door middel van geweld, in het gronddelict niet gehaald (art. 246 Sr heeft een maximum van acht jaar gevangenisstraf), waardoor toevoeging van een strafverzwaringsgrond uitkomst moet bieden.

lid 3 geen dubbeltelling van dit leeftijdsaspect. Het is een gevolg van de kennelijke wens van de wetgever om alle grondfeiten tot één artikellid te beperken (lid 1), maar toch onderscheid aan te brengen in de strafmaxima.[669]

Gezien het fundamentele aspect van deze kwestie – onzeker is bijvoorbeeld of voor een gewelddadige verkrachting van een minderjarige een strafplafond geldt van twaalf jaren of van zestien jaren gevangenisstraf – bestaat de mogelijkheid dat de rechter zich in deze kwestie terughoudend opstelt. In zoverre is voorstelbaar dat hij in de opmerking van de minister, bij gebrek aan meer duidelijkheid, een materieelrechtelijke uitsluiting van de strafverzwaringsgrond leest en zich alleen de vrijheid zal permitteren om binnen het stafmaximum van het gronddelict met alle omstandigheden van het geval rekening te houden. Dat neemt echter niet weg dat de grenzen ook dan diffuus blijven. Bij de vooromschreven gewelddadige verkrachting van een minderjarige, zou de tenlastelegging melding kunnen maken van meerdere geweldsuitingen. De kern van 'het feit' verkrachting ligt in het gedwongen worden een seksueel binnendringen van het lichaam te ondergaan. Wanneer niet alle geweldsuitingen in de tenlastelegging nodig zijn om deze dwang gemotiveerd aan te nemen, is er ruimte om bepaalde geweldsuitingen zo uit te leggen (en door het OM zo te redigeren) dat zij geweld opleveren dat aan het feit voorafging of op het feit volgde. Daarmee is ook met inachtneming van de wetsgeschiedenis volwaardige toepassing van de onderhavige strafverzwaringsrond mogelijk.

2.8.3.6 Cumulatie van strafverzwaringsgronden en samenloop

De toepasselijkheid van een van de eerste zes leden van art. 248 Sr, brengt mee dat een nieuwe maximumstraf kan worden gebruikt met een hoogte van de maximumstraf van het grondfeit verhoogd met een derde. De genoemde artikelleden volgen immers het stramien: 'De in de artikelen (…) bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien (…)'.

De vraag rijst wat rechtens is indien twee artikelleden van toepassing zijn. De gedachte zou kunnen zijn dat dit niet kan leiden tot een dubbele verhoging van het strafmaximum (een verhoging van twee derde), omdat de wet hiervoor geen voorziening biedt. Evenwel lijkt in de literatuur door verschillende auteurs te worden aangenomen dat deze cumulatie wel kan leiden tot een extra verhoging (of extra verhogingen, bij de toepasselijkheid van nog meer artikelleden).[670] In het onderstaande wordt bij dit perspectief aangesloten, hoewel dus de kanttekening moet worden gemaakt dat op deze rechtsvraag nog geen definitief antwoord lijkt te zijn gegeven.

Het uitgangspunt is hier dus dat cumulatie van strafverzwaringsgronden in beginsel kan leiden tot extra verhoging van het strafmaximum. De absolute

[669] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 309, nr. 4, p. 3.
[670] Zie hierover Mevis 2003; Mevis, *DD* 2012/1; Moerman & Mevis, *DD* 2013/47.

plafonds waartegen aangelopen kan worden, volgen uit art. 10 Sr. Moerman & Mevis hebben dit helder voor het voetlicht gebracht naar aanleiding van de strafzaak tegen Robert M.[671] De kern van hun uiteenzettingen is als volgt.

In art. 10 Sr worden twee maxima voor tijdelijke gevangenisstraffen weergegeven: één in het tweede lid (thans achttien jaar) en één in het derde en vierde lid (thans dertig jaar):

> Artikel 10 Sr
> 1. De gevangenisstraf is levenslang of tijdelijk.
> 2. De duur van de tijdelijke gevangenisstraf is ten minste een dag en ten hoogste achttien jaren.
> 3. Zij kan voor ten hoogste dertig achtereenvolgende jaren worden opgelegd in de gevallen waarin op het misdrijf levenslange en tijdelijke gevangenisstraf ter keuze van de rechter zijn gesteld, en in die waarin wegens strafverhoging ter zake van samenloop van misdrijven, terroristische misdrijven, herhaling van misdrijf of het bepaalde bij artikel 44, de tijd van achttien jaren wordt overschreden.
> 4. Zij kan in geen geval de tijd van dertig jaren te boven gaan

Volgens Moerman & Mevis is de gangbare opvatting dat de grens gegeven in het tweede lid – achttien jaar – alleen kan worden doorbroken door de omstandigheden genoemd in het derde lid; bij die omstandigheden geldt een grens van dertig jaar. De auteurs voeren met argumenten aan dat over deze exclusiviteit van de omstandigheden in het derde lid ook anders kan worden gedacht[672], maar hier zal worden uitgegaan van de zojuist weergegeven systematiek. Daarbij valt op dat in het derde lid geen algemene melding wordt gemaakt van strafverzwaringsgronden. Verhogingen op grond van strafverzwaringsgronden genoemd in art. 248 Sr zijn dus in beginsel gebonden aan het maximum van art. 10 lid 2 Sr; thans achttien jaar en vóór 1 april 2013 nog vijftien jaar.[673]

In de zaak Robert M. cumuleerde, onder meer, art. 244 Sr met art. 248 lid 1 en lid 2 Sr.[674] Uitgaande van het oude maximum in art. 10 lid 2 Sr, tilde deze combinatie het strafmaximum in beginsel omhoog naar twintig jaar (12 jaar (art. 244 Sr) + ⅓ x 12 jaar (art. 248 lid 1 Sr) = 16 jaar + ⅓ x 12 jaar (art. 248 lid 2 Sr) = 20 jaar), maar moest dit stafmaximum worden teruggebracht naar vijftien jaar op grond van het toenmalige art. 10 lid 2 Sr. Vervolgens waren deze vijftien jaren de basis voor de toepassing van de verhoging op grond van meerdaadse samenloop (art. 57 Sr) en werd uitgekomen op een maximum van twintig jaar (15 jaar + ⅓ x 15 jaar = 20 jaar), een maximum dat op grond van art. 10 lid 3 Sr toegestaan was, omdat dit werd bereikt met een van de in dat artikellid genoemde omstandigheden (samenloop).[675]

---

[671] Moerman & Mevis, *DD* 2013/47.

[672] Zie Moerman & Mevis, *DD* 2013/47 en Mevis, *DD* 2012/1 met verwijzingen.

[673] *Stb*. 2013, 84; dossier 33 185.

[674] Zie Rb. Amsterdam 21 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW6148 (eerste aanleg) en Hof Amsterdam 26 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8885 (hoger beroep).

[675] Vgl. Moerman & Mevis, *DD* 2013/47.

Verhogingen van strafverzwaringsgronden gebaseerd op art. 248 Sr kunnen dus cumuleren, maar die verhogingen worden begrensd door het plafond van achttien jaar, genoemd in art. 10 lid 2 Sr. Meerdaadse samenloop kan dit plafond doorbreken en heeft ook in het algemeen een sterk verhogend effect, omdat bij de verhoging wordt aangeknoopt bij het resultaat van eerdere verhogingen op grond van strafverzwarende omstandigheden.[676]

Wat de meerdaadse samenloop betreft, kan worden vastgesteld dat deze in het kader van de zedendelicten niet snel aan orde zal zijn bij één feitencomplex waarbij sprake is van eenheid van tijd en plaats. Doorgaans wordt tussen zedendelicten onvoldoende verschil in het beschermde rechtsgoed gezien om, bij eenheid van tijd en plaats, meerdaadse samenloop aan te nemen. Die gevallen worden derhalve als eendaadse samenloop beschouwd. Zo is door de Hoge Raad eendaadse samenloop aangenomen tussen art. 247 Sr (ontuchtige handelingen plegen met iemand jonger dan zestien jaar) en art. 249 Sr (misbruik van gezag).[677] Voorts is door de feitenrechter eendaadse samenloop aangenomen tussen art. 244 Sr (seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar) en art. 249 Sr (misbruik van gezag)[678] en zelfs tussen art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid) en art. 246 Sr (aanranding)[679]. Daarnaast wordt eendaadse samenloop verdedigd bij cumulatie van het delict in art. 247 Sr betreffende de lichamelijke of geestelijke onmacht, met het delict in art. 247 Sr betreffende de leeftijd.[680] Een verhoging van het strafmaximum op grond van verschillende facetten van het zedendelict zal dus niet snel voortvloeien uit art. 57 Sr, maar eerder uit art. 248 Sr. De combinatie tussen art. 247 en 249 Sr levert bijvoorbeeld geen meerdaadse samenloop op (zie hiervoor), maar de combinatie van de factoren die in die delicten besloten liggen (jeugdige leeftijd en misbruik van gezag) leveren wel een grond op voor strafverzwaring (art. 247 Sr jo. art. 248 lid 2 Sr).

2.8.3.7 Wel of niet in de tenlastelegging?

Zoals is gebleken verplichten de internationale instrumenten niet tot het codificeren van de daarin genoemde strafverzwaringsgronden, maar alleen tot het scheppen van een mogelijkheid voor de strafrechter om deze omstandigheden te kunnen laten meewegen bij het bepalen van de straf. Omdat dit reeds moge-

---

676 Indien het wetsvoorstel 'Herziening regeling meerdaadse samenloop in strafzaken' doorgang vindt, zal het verhogend effect van de meerdaadse samenloop worden versterkt. Voorgesteld wordt om de grens van de verhoging op grond van meerdaadse samenloop te veranderen van een derde boven het hoogste strafmaximum, in de helft boven het hoogste strafmaximum (dossier 34 126).

677 HR 28 januari 2003, *NJ* 2004/312; HR 17 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6285.

678 Zie de kwalificatie van het hof bij HR 2 oktober 2012, *NJ* 2012/575 (opgenomen in de inleiding van de conclusie van A-G Machielse voor dit arrest; het oordeel over de eendaadse samenloop was in cassatie niet aan de orde).

679 Zie de kwalificatie van het hof opgenomen in HR 22 maart 2011, *NJ* 2011/146 (Masturberen II), r.o. 2.2.4 (het oordeel over de eendaadse samenloop was in cassatie niet aan de orde)

680 Zie A-G Fokkens in zijn conclusie voor HR 30 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4383 (o. 20).

lijk was in ons nationale systeem, draagt de codificatie in art. 248 Sr in zoverre een onverplicht karakter.

Ons systeem laat daarnaast ook toe dat wel gecodificeerde strafverzwaringsgronden – dat wil dus zeggen: wettelijke strafverzwaringsgronden zoals die in art. 248 Sr – in de straftoemeting worden meegewogen hoewel zij niet ten laste zijn gelegd. Anders dan bij ten laste gelegde en vervolgens bewezen verklaarde strafverzwarende omstandigheden, wordt hier geen materieelrechtelijke sprong gemaakt in het strafmaximum; het strafmaximum is en blijft dat van het gronddelict. Daarbinnen kunnen dus ook de niet ten laste gelegde wettelijke strafverzwaringsgronden tot strafverhoging leiden. De Hoge Raad eist daarvoor dat de betreffende omstandigheden 'ter terechtzitting zijn gebleken'.[681] In hoeverre dit 'blijken' moet voldoen aan het strafrechtelijk bewijsrecht, is echter niet zeker.[682] Het effect van deze onzekerheid blijkt goed wanneer een verband wordt gelegd met de recente jurisprudentie van de Hoge Raad waarin scherpere eisen lijken te worden gesteld aan het bewijs van ten laste gelegde verzwarende omstandigheden die het wettelijk strafmaximum verhogen, zoals voorbedachte raad, roekeloosheid en medeplegen.[683] Kijkend naar, bijvoorbeeld, het 'medeplegen' als strafverzwarende grond in art. 248 lid 1 Sr, zou de drempel om strafverzwaring toe te passen ter zake van het medeplegen eventueel kunnen afhangen van het wel of niet ten laste zijn gelegd van die strafverzwaringsgrond. Wanneer het 'blijken' van medeplegen (de eis bij het niet ten laste gelegd zijn) sneller aan de orde is dan het 'wettig en overtuigend bewezen zijn' van medeplegen (de eis bij het wel ten laste gelegd zijn), ligt de drempel voor strafverzwaring lager bij het niet ten laste leggen van het medeplegen, terwijl de feitelijk toegepaste strafverzwaring in dat geval niet minder hoeft te zijn dan in de situatie dat het medeplegen wel ten laste was gelegd en bewezen was verklaard.[684]

---

681 Zie HR 30 mei 2006, *NJ* 2006, 314; HR 9 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1505; HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2449. Voor recidive als bedoeld in art. 43a Sr geldt een uitzondering; deze omstandigheid kan alleen worden meegewogen wanneer zij is ten laste gelegd en bewezen verklaard (HR 5 februari 2002, *NJ* 2003/126, m.nt. Reijntjes; HR 21 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1099).

682 Het feit dat het hier gaat om de straftoemetingsvraag en niet om de bewijsvraag, is een indicatie dat de 'bewijslast' lager ligt. De beslissing hoeft ook niet door bewijsmiddelen te worden geschraagd. Zie hierover Corstens/Borgers 2014, p. 868. In elk geval wordt het meewegen van de strafverzwarende grond beïnvloed door art. 6 EVRM, in het bijzonder door de vraag in hoeverre de verdediging door het meewegen zou kunnen worden verrast. Vgl. Duker 2003, p. 50-58; Knigge in zijn noot onder EHRM 24 oktober 1996, *De Salvador Torres tegen Spanje*, *NJ* 1998/294 (o. 6); Van Kempen in zijn noot onder EHRM 20 maart 2012, *Bingöl tegen Nederland*, *NJ* 2013/361 (o. 7).

683 Hierover onder meer: J. Anker, *NbStraf* 2015/47; Otte, *VR* 2015/49; Postma, *DD* 2015/14; Spronken, *NJB* 2014/792.

684 Ook wanneer aan het 'blijken' redelijk hoge eisen worden gesteld, kan toch verschil blijven bestaan, omdat kan worden teruggevallen op niet in de wet opgenomen omstandigheden die strafverzwarend worden geacht. Het lijkt de rechter bijvoorbeeld vrij te staan om mee te wegen dat is gebleken dat de verdachte met een ander bewust heeft samengewerkt, ook al is (net) niet 'gebleken' dat sprake is van het strafrechtelijk begrip 'medeplegen'. Een concreet voorbeeld met betrekking tot een andere strafverzwaringsgrond kan worden gevonden in Rb. Amsterdam 12 februari 2015 ECLI:NL:RBAMS:2015:673. Deze uitspraak is inte-

Het viel buiten het bestek van deze studie om uitgebreid onderzoek te doen naar de toepassing van strafverzwaring bij (al dan niet ten laste gelegde) omstandigheden die in art. 248 Sr worden genoemd. In ieder geval is in de bestudeerde feitenrechtspraak opgevallen dat zich in het kader van de zedendelicten inderdaad gevallen voordoen waarin niet ten laste gelegde wettelijke strafverzwaringsgronden worden meegewogen,[685] en dat de rechter bij wel ten laste gelegde en bewezen verklaarde strafverzwaringsronden zich niet altijd oriënteert op het sterk verhoogde strafplafond.[686]

2.8.3.8 Enkele voorbeelden

Afsluitend kan de werking van het huidige art. 248 Sr, inclusief daarin besloten liggende bijzonderheden, met enkele voorbeelden worden verduidelijkt. Zie daarvoor de tabellen 11 en 12. De voorbeelden zijn beperkt tot delicten tegen jeugdigen in een afhankelijkheidsrelatie (tabel 11) en delicten tegen jeugdigen die lichamelijk of geestelijk onmachtig zijn (tabel 12). In de tabellen is weergeven op basis van welk gronddelict vervolgd zou kunnen worden (kolom A) en op basis van welke combinatie met art. 248 Sr een strafverzwaringsgrond bij de vervolging zou kunnen worden betrokken (kolom B). Telkens worden de bijbehorende strafmaxima vermeld.

Afhankelijkheidsrelatie (tabel 11)

Uit casus 1 en 2 is allereerst af te leiden dat art. 249 Sr voor deze gevallen weinig toevoegt. Bij een seksueel binnendringen zorgen de jeugdige leeftijd en de daaraan verbonden toepasselijkheid van art. 244 of 245 Sr op zichzelf al voor een hoger strafmaximum. In het geval van art. 244 Sr is het strafmaximum zelfs tweemaal zo hoog als dat van art. 249 Sr (twaalf jaar versus zes

---

ressant in verband met de wettelijke strafverzwaringsgrond in art. 248 lid 3 en lid 4 Sr; de kwetsbare positie van het slachtoffer. In dit geval was die strafverzwaringsgrond niet ten laste gelegd. Bij de straftoemeting overwoog de rechtbank niettemin het volgende: 'Verdachte heeft zich (…) schuldig gemaakt aan ernstige strafbare feiten waarbij hij de lichamelijke integriteit, gevoelens en belangen van zijn jeugdige slachtoffers tijdens een kwetsbare periode in hun (seksuele) ontwikkeling heeft geschaad. Opvallend is bovendien dat veel van de slachtoffers ook anderszins als kwetsbaar zijn aan te merken, bijvoorbeeld vanwege een laag IQ, ADHD, PPD NOS, autisme, verblijf in een opvanghuis of een hechtingsstoornis. Dat maakt het misbruik dat van hen is gemaakt des te kwalijker.' Het is de vraag (i) of alle door de rechtbank genoemde kwetsbaarheden ook voldoen aan de definitie van 'kwetsbare positie' in de zin van art. 248 Sr, en vervolgens (ii) of het niet-voldoen aan die definitie bepalend is voor de mogelijkheid om deze omstandigheden toch als strafverzwarend mee te wegen. Beide vragen lijken ontkennend te moeten worden beantwoord. Zie over deze uitspraak en bijbehorende kwesties tevens hoofdstuk 4, p. 644.

685 Zie de uitspraak vermeld in de vorige noot en voorts bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 29 maart 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW1507; Rb. Groningen 27 april 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BW4225; Rb. Limburg 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7490. De rechtbank Groningen liet de strafverzwarende omstandigheid zelfs 'zwaar meewegen'. Voor het bewijsrechtelijk vraagpunt bieden deze uitspraken overigens weinig informatie, omdat de strafverzwarende omstandigheid (vaderschap en het bestaan van een functionele relatie) eenvoudig kon blijken.

686 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 3 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13349.

jaar). Ingeval de afhankelijkheidsrelatie als 'kwetsbare positie' kan worden aangemerkt, zou art. 249 Sr kunnen worden gecombineerd met art. 248 lid 3 Sr (zie onder B-1 en B-2), maar ook bij die combinatie komt het strafmaximum (acht jaar) niet uit boven de maxima van de gronddelicten art. 244 Sr (twaalf jaar) en 245 Sr (acht jaar). Wel is duidelijk dat art. 248 lid 2 Sr het met dit lid beoogde effect kan sorteren, omdat dit kan worden gekoppeld aan art. 244 en 245 Sr; in deze koppeling komt het verzwaarde verwijt door de aanwezigheid van een afhankelijkheidsrelatie tot uitdrukking door de verhoging van het strafmaximum met een derde (zie onder B-1 en B-2).

Indien het jeugdige slachtoffer seksueel meerderjarig is (casus 3a), vervallen de gronddelicten met betrekking tot de leeftijd. Strafverzwaring is in dat geval uitgesloten, tenzij de afhankelijkheidsrelatie als 'kwetsbare positie' kan worden aangemerkt (B-3a). Afgezien van deze laatste combinatie is, kijkend naar alle leeftijdscategorieën, het strafmaximum in geval van seksueel binnendringen bij een jeugdige binnen een afhankelijkheidsrelatie: zes jaar bij een slachtoffer tussen zestien en achttien jaar (A-3a), tien jaar en acht maanden bij een slachtoffer tussen twaalf en zestien jaar (B-2) en twaalf jaar bij een slachtoffer jonger dan twaalf jaar (B-1).

Bij ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar binnen een afhankelijkheidsrelatie (casus 4a) valt op dat de gronddelicten qua strafmaat nu gelijkwaardig zijn (zes jaar; zie A-4a) en dat het voor strafverzwaring in zoverre niet uitmaakt bij welk gronddelict wordt aangeknoopt. Wel is de combinatie [art. 247 Sr jo. art. 248 lid 2 Sr] eenvoudiger, omdat, zoals bleek, de combinatie [art. 249 Sr jo. art. 248 lid 3] problematisch kan worden geacht.

Ten slotte volgt uit casus 3b en 4b dat de toepasselijkheid van art. 248a Sr (de ontuchtige handelingen zijn uitgelokt door gebruik van de daarin genoemde middelen) voor de strafmaxima niets uitmaakt. Zelfs de combinatie van art. 248a Sr met art. 248 Sr levert geen hoger strafmaximum op dan het strafmaximum dat de andere geldende gronddelicten op zichzelf reeds hebben (zie A-3b, B-3b, A-4b en B-4b).

Casus			Als gronddelict te vervolgen		Als combinatie met art. 248 Sr te vervolgen	
			A		B	
			artikel Sr	strafmax.	artikelen Sr	strafmax.
afhankelijkheidsrelatie	1	seksueel binnendringen bij iemand jonger dan 12 jaar binnen een afhankelijkheidsrelatie	249-1 244	6 jr 12 jr	244+248-2 (244+248-3?) (249+248-3?)	16 jr (16 jr) (8 jr)
	2	seksueel binnendringen bij iemand tussen 12 en 16 jaar binnen een afhankelijkheidsrelatie	249-1 245	6 jr 8 jr	245+248-2 (245+248-3?) (249+248-3?)	10 jr 8 mnd (10 jr 8 mnd) (8 jr)
	3a	seksueel binnendringen bij dan wel ontuchtige handelingen plegen met iemand tussen de 16 en 18 jaar binnen een afhankelijkheidsrelatie	249-1	6 jr	249+248-2 nvt (249+248-3?)	nvt (8 jr)
	3b	… met een van de middelen genoemd in art. 248a Sr	249-1 248a	6 jr 4 jr	249+248-2 nvt (249+248-3?) 248a+248-2	nvt (8 jr) 5 jr 4 mnd
	4a	ontuchtige handelingen plegen met iemand jonger dan 16 jaar binnen een afhankelijkheidsrelatie	249-1 247	6 jr 6 jr	247+248-2 247+248-3 nvt (249+248-3?)	8 jr nvt (8 jr)
	4b	… met een van de middelen genoemd in art. 248a Sr	249-1 247 248a	6 jr 6 jr 4 jr	247+248-2 247+248-3 nvt (249+248-3?) 248a+248-2	8 jr nvt (8 jr) 5 jr 4 mnd

Tabel 11 Voorbeelden van strafmaxima bij seksueel misbruik van jeugdigen binnen een afhankelijkheidsrelatie

Lichamelijke of geestelijke onmacht (tabel 12)

Bij casus 5 is te zien dat, in geval van seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar, het gronddelict met betrekking tot de leeftijd (art. 244 Sr) een aanzienlijk zwaarder verwijt bevat dan het gronddelict met betrekking tot het misbruik van lichamelijke of geestelijke onmacht (art. 243 Sr). Is de leeftijd tussen de twaalf en zestien (casus 6), dan zijn de strafmaxima gelijkwaardig (art. 245 Sr en art. 243 Sr). Bij casus 5 en 6 kan voor strafverzwaring gebruik worden gemaakt van een combinatie van het gronddelict art. 244 Sr dan wel art. 245 Sr, met de strafverzwaringsgrond dat misbruik is gemaakt van een kwetsbare positie (art. 248 lid 3). Voorts blijkt uit casus 7a dat bij seksueel meerderjarigen niet zonder meer een strafverzwaringsgrond beschikbaar is. Indien gebruik is gemaakt van de middelen als bedoeld in art. 248a Sr (casus 7b), is wel een combinatie met art. 248 Sr mogelijk (zie B-7b), maar, zoals eerder is besproken, komt deze combinatie niet uit boven het maximum van het andere toepasselijke gronddelict, in dit geval art. 243 Sr (zie A-7b). Ditzelfde effect is waar te nemen bij casus 8b en 9b.

Casus 7c is opgenomen om te illustreren dat het gebruik van geweld in dit soort gevallen (waarbij seksueel meerderjarigen zijn betrokken) wel strafverhogend kan werken. In B-7c zijn de mogelijke combinaties weergegeven. De uitoefening van geweld zou kunnen worden gezien als 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' in de zin van art. 248a Sr, maar in combinatie met art. 248 lid 5 Sr wordt geen hoger strafmaximum bereikt dan het gronddelict met het hoogste strafmaximum (hier: art. 243 Sr). Het geweld kan echter ook worden gekoppeld aan art. 243 Sr, waardoor het strafmaximum verschuift naar tien jaar en acht maanden.

Bij casus 8a kan, tot slot, worden geconstateerd dat het onvermeld blijven van art. 247 Sr in art. 248 lid 3 en lid 4 Sr een ietwat verstorend effect heeft. Indien seksueel is *binnengedrongen* bij iemand jonger dan zestien jaar die geestelijk of lichamelijk onmachtig is, kan die combinatie zorgen voor strafverzwaring omdat de strafverzwaringsgrond 'kwetsbare positie' uit art. 248 Sr kan worden gekoppeld aan het gronddelict waarin de jeugdige leeftijd op zichzelf al wordt beschermd (voor art. 244 Sr zie B-5 en voor art. 245 Sr zie B-6). Om eenzelfde strafverzwaring te realiseren in geval van *ontuchtige handelingen* met een jeugdige jonger dan zestien jaar die geestelijk of lichamelijk onmachtig is, zou art. 248 Sr moeten worden gecombineerd met art. 247 Sr, iets wat in dit geval juist niet mogelijk is omdat dit artikel uit de opsomming is weggelaten vanwege zijn andere inhoud (de bescherming van geestelijk en lichamelijk onmachtigen; zie B-8a). De heterogene inhoud van art. 247 Sr en het niet-vermelden ervan in art. 248 lid 3 of 4 Sr zorgen hier dus indirect voor een rem op de toepassing van art. 248 Sr: bij ontuchtige handelingen met een jeugdige jonger dan zestien jaar die geestelijk of lichamelijk onmachtig is, kan geen strafverzwaring worden toegepast op grond van de kwetsbare situatie, terwijl dat in geval van seksueel binnendringen wel mogelijk is (B-5 en B-6).

Casus			***Als gronddelict te vervolgen***		***Als combinatie met art. 248 Sr te vervolgen***	
			A		B	
			artikel Sr	strafmax.	artikelen Sr	strafmax.
lichamelijke of geestelijke onmacht	5	seksueel binnendringen bij iemand jonger dan 12 jaar die lichamelijk of geestelijk onmachtig is	243 244	8 jr 12 jr	243+248-4 nvt 244+248-3	nvt 16 jr
	6	seksueel binnendringen bij iemand tussen 12 en 16 jaar die lichamelijk of geestelijk onmachtig is	243 245	8 jr 8 jr	243+248-4 nvt 245+248-3 247+248-3 nvt 247+248-4 nvt	nvt 10 jr 8 mnd nvt nvt
	7a	seksueel binnendringen bij iemand tussen 16 en 18 jaar die lichamelijk of geestelijk onmachtig is	243	8 jr	243+248-4 nvt	nvt
	7b	... met een van de middelen genoemd in art. 248a Sr	243 248a	8 jr 4 jr	243+248-4 nvt 248a+248-3	nvt 5 jr 4 mnd
	7c	... met geweld	243 248a	8 jr 4 jr	243+248-4 nvt 243+248-6 248a+248-5	nvt 10 jr 8 mnd 5 jr 4 mnd
	8a	ontuchtige handelingen met iemand jonger dan 16 jaar die lichamelijk of geestelijk onmachtig is	247	6 jr	247+248-3 nvt 247+248-4 nvt	nvt nvt
	8b	... met een van de middelen genoemd in art. 248a Sr	247 248a	6 jr 4 jr	247+248-3 nvt 247+248-4 nvt 248a+248-3	nvt nvt 5 jr 4 mnd
	9a	ontuchtige handelingen met iemand tussen 16 en 18 jaar die lichamelijk of geestelijk onmachtig is	247	6 jr	247+248-3 nvt 247+248-4 nvt	nvt nvt
	9b	... met een van de middelen genoemd in art. 248a Sr	247 248a	6 jr 4 jr	247+248-3 nvt 247+248-4 nvt 248a+248-3	nvt nvt 5 jr 4 mnd

Tabel 12. Voorbeelden van strafmaxima bij seksueel misbruik van jeugdigen die lichamelijk of geestelijk onmachtig zijn

2.9 Varia

2.9.1 Inleiding

Een tweetal bijzondere thema's dat bespreking verdient, houdt verband met strafbepalingen die zich zowel binnen als buiten de zedentitel bevinden. Om die reden worden deze thema's hier ten slotte apart besproken. Het betreft het heimelijk filmen met een seksuele strekking (2.9.2) en het seksueel misbruiken van overledenen (2.9.3).

2.9.2 Heimelijk filmen met een seksuele strekking

2.9.2.1 Inleiding

Sinds 2005 zijn er betrekkelijk veel strafzaken geweest ter zake van het zogenoemd ‘heimelijk filmen’. In de onderhavige context wordt met deze term gedoeld op gevallen waarin iemand heimelijk opnames maakt van intimiteiten van een ander. Onder meer kan worden gedacht aan het filmen onder de rokken van nietsvermoedende vrouwen of aan het heimelijk fotograferen van personen bij het omkleden of bij seksuele activiteiten.

Over de wijze waarop heimelijk filmen met een seksuele strekking strafrechtelijk gekwalificeerd dient te worden, bestond lange periode geen eenstemmigheid (2005-2012). Het openbaar ministerie sneed de tenlasteleggingen toe op verschillende delicten: art. 139f Sr (heimelijk opnames maken; een delict tegen de openbare orde), art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid; een zedendelict) en art. 246 Sr (aanranding; eveneens een zedendelict). In de feitenrechtspraak tekenden zich vervolgens duidelijke interpretatieverschillen af, vooral met betrekking tot het delict aanranding. In het kader van de delictsomschrijving van art. 246 Sr werd door de ene rechter het heimelijk filmen van intimiteiten niet als ‘ontuchtige handeling’ gezien, door de ander wel. Daarnaast werd verschillend gedacht over de vraag of het heimelijk filmen het benodigde ‘dwingen’ kon opleveren.

Hieronder wordt de strafbaarheid van heimelijk filmen met een seksuele strekking per bepaling besproken. Begonnen wordt bij de behandeling van de zedendelicten: art. 246 Sr (aanranding), art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid) en art. 240b Sr (kinderpornografie). Zoals zal blijken bestaan weinig tot geen aanknopingspunten om daadwerkelijk heimelijk filmen (dus onopgemerkt gebleven opnames) strafbaar te achten op grond van art. 246 en 239 Sr, en is de strafbaarheid op grond van art. 240b Sr zeer beperkt. Daarom wordt nadien een uitstap gemaakt buiten de zedentitel en wordt achtereenvolgend beknopt de reikwijdte beproefd van art. 139f Sr, art. 441b Sr en het bespiedverbod in verschillende Algemene Plaatselijke Verordeningen.[687]

2.9.2.2 Art. 246 Sr (aanranding)

> Artikel 246 Sr
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen,

[687] Opgemerkt moet worden dat de strafbare feiten uit de Auteurswet in deze bespreking niet zijn meegenomen. Deze feiten richten zich voor het overgrote deel op een auteursrecht, terwijl in deze context alleen het portretrecht relevant is van iemand wiens toestemming voor de opname ontbreekt. Strafbaar als overtreding is het tentoonstellen of openbaar maken van een portret zonder daartoe gerechtigd te zijn (art. 35 Auteurswet). In de onderhavige context is daarvoor nodig dat de persoon op het beeld herkenbaar is én dat het beeld openbaar wordt gemaakt. Deze combinatie van omstandigheden wordt in beginsel in geen van de onderstaande voorbeelden bedoeld aanwezig te zijn. Ingeval aanleiding bestaat op art. 35 Auteurswet te wijzen, wordt dat in voetnoten gedaan.

> wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

In 2011 geeft een arrest van de Hoge Raad een concrete aanwijzing over de toepasselijkheid van art. 246 Sr in situaties van heimelijk filmen, hoewel de zaak zelf geen heimelijk filmen betreft (het gaat hier om het arrest Masturberen II, dat eerder is besproken in paragraaf 2.3.5.3).[688] De verdachte zou meermalen zijn stijve geslachtsdeel aan het slachtoffer hebben getoond en meermalen zich zichtbaar voor en in het bijzijn van het slachtoffer hebben afgetrokken. Door het hof was de verdachte veroordeeld ter zake van aanranding. De Hoge Raad ziet zich voor de vraag gesteld in hoeverre sprake kan zijn van het 'plegen of dulden van een ontuchtige handeling' in de zin van art. 246 Sr, wanneer geen lichamelijke aanraking tussen de dader en het slachtoffer heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad overweegt in het arrest:

> 'Vooropgesteld moet worden dat van het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen als bedoeld in art. 246 Sr ook sprake kan zijn ingeval geen lichamelijke aanraking tussen de dader en het slachtoffer heeft plaatsgevonden. Of in een zodanig geval de gedraging of gedragingen van de dader - al dan niet in hun onderlinge samenhang bezien - het dwingen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen opleveren, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij komt in het bijzonder betekenis toe aan het antwoord op de vraag of en zo ja, in hoeverre tussen de dader en het slachtoffer enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie heeft plaatsgevonden (...). Gelet op hetgeen is vooropgesteld, alsmede in aanmerking genomen hetgeen de bewijsmiddelen inhouden omtrent de interactie tussen verdachte en het slachtoffer, is het oordeel van het Hof dat te dezen sprake is van het dwingen tot het dulden van ontuchtige handelingen in de zin van art. 246 Sr, onjuist noch onbegrijpelijk.'

Voor gevallen waarin lichamelijk contact ontbreekt, komt het volgens de Hoge Raad voor de toepasselijkheid van art. 246 Sr kennelijk aan op de vraag 'of en zo ja, in hoeverre tussen de dader en het slachtoffer voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie heeft plaatsgevonden'.[689]

Uit dit criterium lijkt te volgen dat heimelijk filmen niet onder art. 246 Sr kan worden gebracht indien tussen de heimelijke filmer en het slachtoffer geen enkele interactie is geweest. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt niettemin dat dit arrest nog niet leidt tot een integrale koerswijziging in de vervolgingen ter zake van heimelijk filmen. Daarnaast kan worden gesignaleerd dat bepaalde feitenrechters zich blijven baseren op de, volgens hen, 'vaste rechtspraak' van de rechtbanken en hoven, dat bij het heimelijk filmen met een seksuele strekking sprake is van aanranding.[690] Ten slotte concludeert ook A-G Jörg, wanneer de eerste zaak over aanranding in de vorm van heimelijk filmen de Hoge Raad bereikt, dat aan het filmen van intimiteiten een on-

---

688 HR 22 maart 2011, *NJ* 2011/146.

689 De toepasselijkheid van de zedendelicten bij gevallen zonder lichamelijk contact is uitvoerig besproken in de paragrafen 2.3.5 en 2.4.4.

690 Zie o.m. Rb. Amsterdam, 7 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ3268; Rb, Den Haag 1 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ7229; Rb. Assen 5 juli 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BR0293; Rb. Leeuwarden 5 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR5799.

tuchtig karakter kan worden toegekend als het filmen 'heimelijk, onverhoeds of met een ontuchtige intentie' plaatsvindt (klaarblijkelijk onafhankelijk van de vraag of enige interactie aanwezig was tussen filmer en gefilmde).[691]

De Hoge Raad komt in deze zaak tot een andere conclusie:

> 'In art. 139f, eerste lid, Sr, waarop de meest subsidiaire tenlastelegging in de onderhavige zaak is toegesneden, is strafbaar gesteld het met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en wederrechtelijk van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding vervaardigen. Een dergelijke gedraging is op zichzelf niet - tevens - een ontuchtige handeling in de zin van art. 246 Sr. Dat is niet anders indien bedoelde persoon naakt is en/of indien de afbeelding is vervaardigd om deze later te (laten) gebruiken ter bevrediging van lustgevoelens.
>
> Gelet hierop en mede in aanmerking genomen dat het Hof niets heeft vastgesteld omtrent enige voor het plegen of dulden van ontucht relevante interactie tussen de verdachte en de aangeefster, geeft 's Hofs oordeel dat de aangeefster ontuchtige handelingen heeft moeten dulden, blijk van een te ruime en dus onjuiste uitleg van dat in de tenlastelegging en bewezenverklaring voorkomende, aan art. 246 Sr ontleende begrip.'[692]

Na dit arrest is het interactiecriterium bij zaken over heimelijk filmen in het kader van art. 246 Sr nog enkele malen door de Hoge Raad herhaald.[693]

Op het eerste gezicht lijkt aanranding in de vorm van heimelijk filmen hiermee niet geheel uitgesloten. Immers, in de benadering van de Hoge Raad ligt ogenschijnlijk het oordeel besloten dat voldoende 'relevante interactie' tussen verdachte en slachtoffer de kwalificatie 'aanranding' hier in beeld kan brengen. Hierbij zou misschien kunnen worden gedacht aan het geval dat een man lichamelijke, seksuele 'interactie' heeft met een vrouw, terwijl de man daarvan stiekem opnames maakt. Voorzienbaar is dan evenwel dat zich in dit kader een nieuwe rechtsvraag voordoet: kan iemand wel heimelijk worden gedwongen in de zin van art. 246 Sr? Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad over het bestanddeel 'dwingen' komt naar voren dat daarvan alleen sprake kan zijn wanneer het slachtoffer iets bewust onvrijwillig ervaart.[694] Het kenmerkende aan heimelijk filmen is nu juist dat het slachtoffer daarvan niets merkt. In dat opzicht lijkt de conclusie te moeten luiden dat de voor art. 246 Sr écht relevante interactie zich alleen kan voordoen op het moment dat het filmen niet (meer) heimelijk is. Aanranding door heimelijk filmen alleen, moet dus per saldo uitgesloten worden geacht.

2.9.2.3 Art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid)

> Artikel 239 Sr
> Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:

---

[691] Zie zijn conclusie voor HR 14 februari 2012, *NJ* 2012/504 (o. 11).

[692] HR 14 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5254, *NJ* 2012/504, m.nt. Keulen (r.o. 2.4).

[693] Zie hiervoor, p. 71 e.v.

[694] Zie paragraaf 2.7.3.4. Vgl. voorts mijn annotatie onder EHRM 12 november 2013, *Söderman t. Zweden*, nr. 5786/08, *EHRC* 2014/36.

1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;
2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar;
3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is.

Een kwestie die na de arresten over art. 246 Sr nog niet is opgelost, is de vraag of heimelijk filmen ook 'schennis van de eerbaarheid' (art. 239 Sr) kan opleveren.[695] Over deze vraag doet de Hoge Raad in december 2013 uitspraak. Uit het arrest blijkt dat heimelijk filmen buiten de reikwijdte van art. 239 Sr valt, ook al heeft het filmen een seksuele strekking:

'3.3.1. Art. 239 Sr richt zich in de eerste plaats tegen ongevraagde en ongewenste seksueel getinte confrontatie met het menselijk lichaam of delen daarvan (vgl. de memorie van toelichting bij de wet die heeft geleid tot de huidige tekst van art. 239 Sr; kamerstukken II, 1979-1980, 15 838, nr. 3, p. 12). In HR 9 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8452, NJ 2004/273, is beslist dat art. 239 Sr niet strekt ter bestrijding van schennis van de eerbaarheid door afbeelding of geschrift dan wel door het gesproken woord, zodat - kort gezegd - het maken van seksueel getinte uitlatingen niet onder art. 239 Sr kan worden gerubriceerd.

3.3.2. In de rechtspraak van de Hoge Raad over art. 239 Sr is over de precieze reikwijdte van dit misdrijf nog het volgende beslist. In HR 25 maart 1952, NJ 1952/240, over een geval waarbij de verdachte het slachtoffer "ontuchtig had vastgegrepen" verwierp de Hoge Raad het tegen de veroordeling ter zake van art. 239 Sr gerichte cassatieberoep met als dragende overweging: "Dat een het sexuele leven betreffende gedraging, welker waarneming geschikt is anderer schaamtegevoel te kwetsen, kan bestaan in een tegen de persoon van een ander gerichte ontuchtige handeling, die dezen aldus buiten zijn wil noopt tot een dergelijk zijn schaamtegevoel kwetsend waarnemen, zo al niet door zien dan toch door voelen; dat die schending van de eerbaarheid er in dat geval een is "waarbij een ander zijns ondanks tegenwoordig is" als genoemd in art. 239 Sr, hetgeen de met die bepaling beoogde bescherming van het op het sexuele leven betrokken schaamtegevoel ten kwetsing in het algemeen ook meebrengt". In HR 18 oktober 1983, NJ 1984/310 - over een geval waarbij de verdachte de borsten en het geslachtsdeel van het slachtoffer had betast - werd het oordeel uit het arrest van 1952 uitdrukkelijk bevestigd, ook in het licht van de toen aanhangig zijnde wetswijziging die heeft geleid tot de huidige tekst van art. 239 Sr.

Deze arresten geven in vergelijking met het traditionele bereik van art. 239 Sr een uitbreiding voor die gevallen waarin er - kort gezegd - seksueel contact is geweest tussen de verdachte en het slachtoffer.

3.4.1. Gelet op het bovenstaande is het oordeel van het Hof dat "het houden van een camera onder de scheidingswand van een afgesloten kleedhokje waarin een ontklede vrouw staat" als zodanig niet het misdrijf van art. 239 Sr oplevert, juist.'[696]

Art. 239 Sr ziet dus kort gezegd op een handeling die het slachtoffer tegen zijn wil noopt tot een bepaald voor het seksueel schaamtegevoel kwetsend waarnemen, hetzij door zien (zoals de confrontatie met een exhibitionist) hetzij

695 Zie hierover Kooij, *Strafblad* 2013, p. 248-252.
696 HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2027, *NJ* 2014/149 m.nt. Keijzer.

door voelen (zoals ontuchtig worden beetgepakt).[697] Typische gevallen van heimelijk filmen missen deze componenten en worden dus niet door art. 239 Sr geraakt.

De Hoge Raad sluit het arrest af met een relativering van de gevolgen van zijn oordeel, door nogmaals te wijzen op art. 139f Sr:

> '3.4.2. Zoals uit het eerdere arrest van de Hoge Raad in deze zaak (HR 14 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5254, NJ 2012/504) blijkt, levert een en ander overigens geen leemte in de mogelijkheden voor strafrechtelijke aansprakelijkstelling op, gelet op art. 139f, eerste lid, Sr (waarop de uiterst subsidiaire tenlastelegging in de onderhavige zaak is toegesneden) waarin is strafbaar gesteld het met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en wederrechtelijk van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding vervaardigen.'

2.9.2.4 Art. 240b Sr (kinderpornografie)

> Artikel 240b Sr
> 1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.
> (...)

Tot nu toe zijn zaken aan de orde geweest waarin de leeftijd van de gefilmde voor de materieelrechtelijke duiding niet relevant is. Wanneer degene van wie opnames worden gemaakt echter de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, kan nog worden gedacht aan de toepasselijkheid van art. 240b Sr (kinderpornografie).

Dit delict eist dat de afbeelding een 'seksuele gedraging' behelst. Daaraan is volgens de Hoge Raad in ieder geval voldaan indien de afgebeelde gedraging van 'expliciet seksuele aard' is. Hieruit blijkt reeds dat het heimelijk opnemen van expliciet seksuele gedragingen waarbij minderjarigen zijn betrokken, onder de reikwijdte van art. 240b Sr valt.[698]

Maar daarnaast ziet art. 240b Sr ook op een afbeelding 'die weliswaar niet een gedraging van expliciet seksuele aard toont, maar die, gelet op de wijze waarop zij is totstandgekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling'. Daarbij kan het gaan om een afbeelding 'van iemand in een houding of omgeving die weliswaar op zichzelf of in andere omstandighe-

[697] Art. 239 Sr is uitvoerig besproken in paragraaf 2.4.4.6. Vgl. voorts mijn annotatie onder EHRM 12 november 2013, *Söderman t. Zweden*, nr. 5786/08, *EHRC* 2014/36.

[698] Vgl. Hof Den Haag 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4627, waarbij twee van de vier betrokken meisjes er niet van op de hoogte waren dat de verdachte opnamen maakte tijdens het verrichten van seksuele handelingen met hen.

den “onschuldig” zouden kunnen zijn, maar die in het concrete geval een onmiskenbaar seksuele strekking heeft’, aldus de Hoge Raad.[699]

Over deze laatste, meer perifere categorie gaf de Hoge Raad in 2014 iets meer duidelijkheid.[700] In de betreffende zaak had de verdachte heimelijk een camera opgesteld in de badkamer en daarna een jongen die bij hem verbleef opdracht gegeven zich te douchen. Daarmee verkreeg de verdachte beelden van de jongen terwijl deze zich omkleedde en afdroogde, in het bijzonder beelden van zijn naakte geslachtsdeel. Het hof merkte deze opgenomen beelden aan als kinderpornografie, welk oordeel in cassatie werd bestreden. De Hoge Raad achtte het oordeel echter niet problematisch:

> ‘Het Hof heeft (...) geoordeeld dat de in de tenlastelegging genoemde afbeeldingen van de geslachtsdelen van de minderjarige jongen, mede gelet op de wijze waarop zij zijn totstandgekomen – naar in zijn overwegingen besloten ligt – onmiskenbaar strekken tot het opwekken van seksuele prikkeling. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het Hof uit de gebezigde bewijsmiddelen heeft kunnen afleiden dat de verdachte de focus van de camera, waarmee de afbeeldingen zijn vervaardigd, (nagenoeg) op de hoogte van de geslachtsdelen van de minderjarige jongen heeft afgesteld, hij de jongen vervolgens heeft opgedragen zich te gaan douchen waarbij filmopnames zijn gemaakt van de ontblote geslachtsdelen van de jongen en hij de filmpjes vervolgens op zijn computer heeft overgebracht en bekeken. Gelet hierop is evenmin onbegrijpelijk 's Hofs kennelijke oordeel dat de verdachte gebruik heeft gemaakt van de pose waarin de jongen in de gegeven omstandigheden voor de camera heeft gestaan. Opmerking verdient ten slotte dat, anders dan het middel wil, voor de toepassing van art. 240b Sr niet noodzakelijk is dat vaststaat dat de jeugdige is geschaad (vgl. HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6446, NJ 2011/81, rov. 3.4).’[701]

Dat de camera is afgesteld op een hoogte die meebrengt dat de focus van het beeld mede de geslachtsdelen van het kind betreft, is in deze zaak kennelijk een belangrijke factor. Wat niet goed blijkt is in hoeverre het ‘gebruik maken van een pose’ heeft meegewogen bij het eindoordeel van de Hoge Raad en of dit ‘gebruik maken’ alleen al volgde uit het overbrengen van de beelden op de computer en het bekijken ervan, of dat daarbij ook van belang werd geacht dat de verdachte de jongen had opgedragen zich te douchen. Bij deze opdracht was immers al voorzienbaar dat bepaalde poses (bij het afdrogen) zouden worden opgenomen.

Deze vragen klemmen te meer door een eerdere beslissing van de Hoge Raad, dat het manipuleren van een normale documentaire over de puberteit – zodanig dat alle beelden van de puberale geslachtsdelen als één filmfragment bij elkaar komen te staan – niet zonder meer afbeeldingen van een ‘seksuele gedraging’ oplevert in de zin van art. 240b Sr. Kort gezegd stelt de Hoge Raad hier dat iets wat geen kinderpornografie is, dat karakter niet zo maar kan

699 HR 7 december 2010, *NJ* 2011/81 m.nt. Schalken.

700 Zie naast de hier behandelde zaak voorts HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9599.

701 HR 10 juni 2014, *NJ* 2014/316. Zie voor een soortgelijk voorbeeld: Rb. Gelderland 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6472.

krijgen door het enkele selecteren, isoleren en opnieuw opnemen van bepaalden elementen.[702]

Onduidelijk is dus nog in hoeverre bij het oordeel dat beelden strekken tot het opwekken van seksuele prikkeling, mag worden betrokken wat de verdachte met die beelden heeft gedaan. In het algemeen is ook nog onzeker welke status 'de bedoeling' van de verdachte heeft in de verschillende fasen van zijn handelen. Dat dit geen onbelangrijke kwesties zijn in het kader van het heimelijk filmen, kan worden geïllustreerd aan de hand van twee voorbeelden.

Het eerste voorbeeld wordt geboden door de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland tegen een verdachte die in de media bekend is geworden als 'de hockeygluurder'.

De verdachte had jarenlang heimelijk meisjes gefilmd in de kleedkamers van twee hockeyclubs, door camera's te positioneren in een locker. In 2015 oordeelde de rechtbank dat de hierbij gemaakte beelden niet vallen onder het bereik van art. 240b Sr. De rechtbank overwoog dat op de beelden slechts te zien was dat de meisjes zich omkleedden of naar de doucheruimte liepen, waarbij zij kortstondig ontkleed in beeld kwamen. Voorts stelde de rechtbank weliswaar vast dat het de verdachte bij het maken van de opnamen mede te doen was om de naaktheid van minderjarige meisjes in de leeftijd vanaf dertien à veertien jaar in beeld te krijgen. Maar uit zijn verklaringen noch uit andere bronnen kon worden afgeleid 'dat de filmopnamen eerst en vooral strekten tot het opwekken van seksuele prikkeling', aldus de rechtbank. De officier van justitie had er nog op gewezen dat de verdachte van de heimelijk opgenomen kleedkamerfilms nadien met zijn telefoon zogenaamde 'stills' had gemaakt (aparte foto's), waarbij nadrukkelijk was gekozen voor beelden waarop de meisjes geheel naakt te zien waren. De rechtbank verwees echter naar het zojuist besproken arrest van de Hoge Raad, waaruit blijkt dat een opname die zelf geen afbeelding van een seksuele gedraging in de zin van artikel 240b Sr vormt, door het enkele selecteren, isoleren en vastleggen van een bepaald beeld daarop, nog niet zonder meer een afbeelding van een seksuele gedraging wordt.[703]

Het tweede voorbeeld wordt opgeroepen door de zojuist behandelde casus en beslissing.

Met de steeds hoger wordende kwaliteit van digitale camera's en is voor te stellen dat de focus van bepaalde camera's niet meer het geslachtsdeel van het kind hoeft te betreffen om dat geslachtsdeel op een later tijdstip toch scherp in beeld te krijgen. Voor het op dit latere tijdstip op een computer in-

702 HR 31 januari 2012, *NJ* 2012/103.

703 Rb. Noord-Holland 17 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2161. Het OM heeft hoger beroep aangetekend, mede omdat men het niet eens is met de zojuist weergegeven beslissing (zie «www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@88804/hoger-beroep»; laatst geraadpleegd in mei 2015). De rechtbank merkte deze feiten overigens wel aan als overtreding van art. 139f Sr; zie dadelijk.

zoomen op de geslachtsdelen hoeft voorts geen aparte afbeelding te worden opgeslagen.[704] Voor te stellen is dus dat iemand een collectie vervaardigt of aanlegt van op zichzelf onschuldige foto's (bijvoorbeeld van drukke stranden) waarbij het diegene te doen is om een klein onderdeel van de foto waarop later tijdelijk kan worden ingezoomd; de naakte geslachtsdelen van kinderen.

Krijgen deze op zichzelf onschuldige foto's door de modus operandi van deze persoon een 'onmiskenbaar seksuele strekking'? Op grond van de huidige jurisprudentie is hierop nog geen duidelijk antwoord te geven. Hierbij zij opgemerkt dat dit voorbeeld niet zo zeer interessant wordt geacht door een mogelijk gat tussen strafwaardigheid en strafbaarheid – dat is een kwestie van perspectief – maar meer omdat het voorbeeld duidelijk maakt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van art. 240b Sr wellicht kan worden ontlopen door het aanschaffen van een hoogwaardige camera. Dat voordeel wordt dan niet alleen genoten door de vervaardigers, maar ook door de afnemers.[705]

Of het heimelijk filmen van naakte kinderen onder de reikwijdte van art. 240b Sr valt, hangt dus erg af van de omstandigheden van het geval en is voorts op bepaalde punten ook in juridisch opzicht nog onzeker.

Belangrijk hierbij is dat uit het EVRM geen positieve verplichting voortvloeit het heimelijk filmen van naakte kinderen als zodanig strafbaar te stellen.[706] Het EVRM verplicht de rechter daarmee ook niet art. 240b Sr in dit kader extensief te interpreteren. De grenzen lijken vooral te worden aangegeven door Richtlijn 2011/93/EU. Onder de daarin gegeven definitie van kinderpornografie valt tevens 'elke weergave voor primair seksuele doeleinden van de geslachtsorganen van een kind'.[707] Het vervaardigen, bezitten etc. van dergelijke weergaven moet ook in Nederland strafbaar zijn gesteld.[708] Dat Nederland hieraan reeds voldoet, volgt volgens de wetgever mede uit de jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake van art. 240b Sr.[709]

Of dit werkelijk zo is, is moeilijk te zeggen. Dat komt omdat over de strekking van het richtlijnbegrip 'elke weergave voor primair seksuele doel-

---

704 De technische ontwikkeling op het gebied van cameraresolutie wordt goed geïllustreerd door een persbericht van Canon in september 2015, waarin een betrekkelijk kleine camera wordt aangekondigd met een 250 megapixel-sensor. Bij het nadien, met een computer, inzoomen op een genomen testfoto kon de belettering worden waargenomen van een vliegtuig dat zich op achttien kilometer afstand van de camera bevond. Het persbericht is beschikbaar op «www.canon.com/news/2015/sep07e.html» (geraadpleegd in september 2015).

705 Bij het vervaardigen en vervolgens verspreiden zou overigens wel hier art. 35 Auteurswet in beeld kunnen komen; een overtreding op het gebied van het portretrecht. Zie daarover voetnoot 687.

706 Zie EHRM 12 november 2013, *Söderman t. Zweden*, nr. 5786/08, *EHRC* 2014/36, m.nt. K. Lindenberg. In paragraaf 2.7.4.2 is beknopt ingegaan op het leerstuk van de positieve verplichtingen.

707 Art. 2 onder c, sub 2 van Richtlijn 2011/93/EU.

708 Art. 5 van Richtlijn 2011/93/EU.

709 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 7-8.

einden van de geslachtsorganen van een kind' nog weinig bekend is.[710] Komt daarin ontwikkeling, bijvoorbeeld door een uitspraak van het Hof van Justitie van de EU, dan is voor te stellen dat de Nederlandse strafrechter daarmee in zijn interpretatie van art. 240b Sr rekening houdt. In dat opzicht valt niet te verwachten dat Nederland apert uit de pas zal lopen.[711]

Een laatste kwestie die in dit verband vermelding verdient, is het heimelijk filmen van kinderen zónder dat de beelden worden opgeslagen (live-beelden). In paragraaf 2.4.4.10 is onderzocht in hoeverre niet-opgeslagen beelden onder de reikwijdte van art. 240b Sr vallen. Daarbij bleek dat zowel de wetsgeschiedenis als de rechtspraak hierover nog geen uitsluitsel geeft. Bij deze bespreking werd als voorbeeld aangedragen dat iemand inzoomt op de geslachtsdelen van naakte kinderen op het strand en deze beelden daarbij onmiddellijk voor commerciële doeleinden live beschikbaar stelt aan een derde op het internet (dus zonder deze beelden op te slaan; zogenoemd 'streamen'). Of de filmer hiermee kinderpornografie vervaardigt en de derde zich daartoe de toegang verschaft in de zin van art. 240b Sr, staat thans dus niet vast.

2.9.2.5 Art. 139f en 441b Sr (heimelijk filmen)

> Artikel 139f Sr
> Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft:
> 1. hij die, gebruik makende van een technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, opzettelijk en wederrechtelijk van een persoon, aanwezig in een woning of op een andere niet voor het publiek toegankelijke plaats, een afbeelding vervaardigt;
> 2. hij die de beschikking heeft over een afbeelding welke, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, door of ten gevolge van een onder 1° strafbaar gestelde handeling is verkregen.
>
> Art. 441b Sr
> Met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die, gebruik makende van een daartoe aangebracht technisch hulpmiddel waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, van een persoon, aanwezig op een voor het publiek toegankelijke plaats, wederrechtelijk een afbeelding vervaardigt.

In tegenstelling tot de zedendelicten, zijn art. 139f en 441b Sr juist gemaakt om te beschermen tegen heimelijk filmen. Volgens de titelindeling van het Wetboek van Strafrecht zijn dit delicten 'tegen de openbare orde'.[712] Dat

---

710 Zie over dit begrip (waaronder tevens de Engelstalige variant 'for primarily sexual purposes') en over zijn rol in eerdere internationale instrumenten: A-G Knigge in zijn uitgebreide conclusie voor HR 7 december 2010, *NJ* 2011/81 m.nt. Schalken, en de 'concurring opinion' van rechter Pinto de Albuquerque bij EHRM 12 november 2013, *Söderman t. Zweden*, nr. 5786/08, *EHRC* 2014/36, m.nt. K. Lindenberg.

711 Deze verwachting vloeit voort uit de grote aandacht die art. 240b Sr en de daaraan gerelateerde rechtsbronnen krijgen. Bij minder bekende delicten hoeft die verwachting niet zo rooskleurig te zijn, zoals bleek uit de bespreking van art. 248c Sr in paragraaf 2.4.4.9.

712 Zie Titel V van Boek 2, respectievelijk Titel II van Boek 3.

neemt niet weg dat de privébelangen van de burger een centrale rol speelden bij de invoering van deze delicten. De wetgever vond dat 'het bespied worden in situaties, waarin men zich onbespied mag wanen, als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt ervaren'. 'Dit is te meer het geval', aldus de wetgever, als in zulke gevallen foto's of andere authentiek aandoende afbeeldingen worden gemaakt, vooral onder omstandigheden, die voor de betrokkene compromitterend of althans gênant zijn'.[713] De openbare orde is hiermee nog niet uit beeld, omdat wordt beoogd te voorkomen dat in onze samenleving op ongecontroleerde wijze gebruik kan worden gemaakt van verborgen camera's door zowel de burger als de overheid zelf.[714]

Voor het onderhavige thema is vooral van belang te weten wanneer deze delicten niet van toepassing zijn.

Wanneer naar de tekst van art. 139f Sr wordt gekeken, valt al snel op dat het artikel zich beperkt tot heimelijk filmen van personen die zich bevinden in een woning of op een andere *niet* voor het publiek toegankelijke plaats.[715] Daarbuiten valt in beginsel de openbare weg, een strand of een winkel. Toch wilde de wetgever hierbij een nuancering aanbrengen:

> 'Een punt van aandacht vormt het gebruik van camera's in pashokjes. Hoewel een pashokje onderdeel uitmaakt van een voor het publiek toegankelijke plaats (namelijk een winkel) kan het, indien het in gebruik is, als een niet voor het publiek toegankelijke plaats worden aangemerkt. Immers, indien een persoon kleding past in een pashokje, zal die plaats op dat moment niet meer voor een in beginsel onbeperkt aantal personen toegankelijk kunnen worden geacht. Dit betekent dat het heimelijk cameratoezicht in een pashokje strafbaar is ingevolge artikel 139f Sr.'[716]

Aangenomen mag worden dat deze nuancering geldt voor alle deelruimtes van voor het publiek toegankelijke plaatsen, wanneer deze deelruimtes door iemand tijdelijk in 'privégebruik' zijn, zoals toiletten.[717]

Kleedkamers van sportclubs lijken door de rechter te worden beschouwd als niet voor het publiek toegankelijke plaatsen wanneer die kleedkamers door mensen in gebruik zijn.[718] De kleedkamers waarin de eerder besproken hockeygluurder had gefilmd, werden door de rechtbank Noord-Holland eveneens als een dergelijke plaats beschouwd. Op grond daarvan werd de verdachte veroordeeld voor het meermaals plegen van art. 139f Sr.[719]

---

713 *Kamerstukken II* 1967/68, 9649, nr. 3, p. 2.

714 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 1.

715 Niet nodig is dat de dader zich ook op een dergelijk plaats bevindt. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 11.

716 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 13.

717 In deze zin kennelijk Rb. Almelo 16 augustus 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BR5076. In Rb. Dordrecht 2 oktober 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY0703 en Rb. Den Haag 4 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1284 ging het om toiletten die al op voorhand alleen door een bijzondere groep mensen gebruikt mochten worden (ziekenhuispersoneel respectievelijk modellen bij een modeshow).

718 Zie o.m. Rb. Leeuwarden 25 augustus 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BR5799 en Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2011, *NJ* 2011/397, m.nt. Schalken (Bossche zwemschoolhouder).

719 Rb. Noord-Holland 17 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2161.

Maar wat te denken van het filmen onder de rokken van vrouwen op de openbare weg met een camera verstopt in de schoen?[720] Het lijkt te gekunsteld om hier naar analogie de nuancering van de wetgever aan te brengen: het gebied onder de rok is niet een *plaats* die al dan niet voor een onbeperkt aantal personen *toegankelijk* is.[721] Bijgevolg lijken dergelijke gevallen niet met art. 139f Sr te bestrijden.

Ook de eerder gegeven voorbeelden over het heimelijk filmen op stranden (het maken van foto's van naakte kinderen of het *streamen* van dergelijke beelden) lijken niet door art. 139f Sr te worden geraakt. Een openbaar strand is immers bij uitstek een voor het publiek toegankelijke plaats.

Zijn de behandelde voorbeelden die buiten de reikwijdte van art. 139f Sr vallen, alsnog strafbaar op grond van de overtreding zoals omschreven in art. 441b Sr?

Anders dan bij art. 139f Sr, ontbreekt bij deze overtreding de eis dat het gaat om een 'niet voor het publiek toegankelijke plaats'. Dat heimelijk wordt gefilmd op de openbare weg, op een strand of in een winkel, doet dus op zichzelf aan de strafbaarheid ter zake van art. 441b Sr niets af.

Een belangrijke restrictie bij art. 441b Sr is niettemin dat de afbeelding van een persoon moet zijn vervaardigd met een 'daartoe aangebracht' technisch hulpmiddel. Wat 'aangebracht' inhoudt, is bij de wijziging van art. 441b Sr in 2001 door de wetgever nogmaals uitdrukkelijk toegelicht:

> 'De term «aangebracht» geeft aan dat een extra activiteit is vereist met betrekking tot de plaatsing van het technische hulpmiddel. Uit de toelichting op artikel 441b Sr blijkt dat hiermee wordt bedoeld «een enigszins permanente installatie» die op de desbetreffende plaats is aangebracht (Kamerstukken II 1970/71, 9419, nr. 16). Bij cameratoezicht zal in beginsel steeds sprake zijn van een aangebrachte, geïnstalleerde camera. Bijvoorbeeld aangebracht aan een gevel of een wand achter een kassa of aan het plafond in de tram. Dergelijke vormen van cameratoezicht zijn bedoeld om afbeeldingen van personen te vervaardigen. Indien de aanwezigheid van dergelijke camera's niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, kan sprake zijn van een strafbare gedraging ingevolge artikel 441b Sr. Onder een «aangebracht technisch hulpmiddel» moet ook worden verstaan een camera die is verstopt in een voorwerp, bijvoorbeeld een koffer. In dat geval is het technische hulpmiddel aangebracht in het voorwerp.
> Met het feit dat de camera is aangebracht is tevens in de meeste gevallen het enigszins permanente karakter gegeven. Over het algemeen zal men immers niet snel de extra activiteit van het aanbrengen van een technisch hulpmiddel ondernemen voor het maken van één enkele afbeelding. Doet men dit wel en wordt met een dergelijk aangebracht technisch hulpmiddel heimelijk slechts een of enkele foto's gemaakt dan zal dit ook onder de strafbaarstelling van artikel 441b Sr kunnen vallen.
> Van een «daartoe aangebracht technisch hulpmiddel» moeten worden onderscheiden camera's die rechtstreeks en openlijk met de hand worden bediend. Deze kunnen niet als «aangebracht» worden aangemerkt. Dit betekent bijvoorbeeld dat een toerist die op straat met een videocamera het straatbeeld filmt en daarbij ook passerende voetgan-

[720] Een dergelijke verstopplek komt kennelijk voor; zie Rb. Overijssel 14 oktober 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:5445 en voorts internationale nieuwsberichten op het internet (met zoekopties als 'covert filming' en 'shoe').

[721] Vgl. mijn annotatie onder EHRM 12 november 2013, *Söderman t. Zweden*, nr. 5786/08, *EHRC* 2014/36 (o. 12).

> gers vastlegt die dat niet aanstonds opmerken, niet onder de strafbaarstelling van artikel 441b Sr zal vallen.'[722]

Het aanbrengen van een camera in een koffer is dus een 'aangebracht' technisch hulpmiddel in de zin van art. 441b Sr. Dit lijkt ook te betekenen dat het heimelijk filmen met een schoencamera onder de rokken van vrouwen op straat, inderdaad een overtreding oplevert op grond van art. 441b Sr. Voorts zou waarschijnlijk ook de door de hockeygluurder in de lockers van kleedkamers neergezette camera als 'aanbracht' technisch hulpmiddel kunnen worden aangemerkt.

Een camera waarmee heimelijk 'uit de hand' wordt gefilmd of gefotografeerd, ook al doet men dat verdekt, beantwoordt daarentegen waarschijnlijk niet aan de eisen van een 'aangebracht' technisch hulpmiddel. De voorbeelden die werden gegeven over het heimelijk filmen van naakte kinderen op het strand, behelzen bij dergelijk cameragebruik dus kennelijk geen overtreding van art. 441b Sr.

2.9.2.6 Algemene Plaatselijke Verordeningen

Sommige gemeenten hebben in hun Algemene Plaatselijke Verordening een 'bespiedverbod'. Dit luidt doorgaans als volgt:

> *Bespieden van personen.*
> 1. Het is verboden zich in de nabijheid van een persoon dan wel van een gebouw, woonwagen of woonschip op te houden met de kennelijke bedoeling deze persoon dan wel een zich in dit gebouw, deze woonwagen of dit woonschip bevindende persoon, te bespieden.
> 2. Het is verboden door middel van een verrekijker of enig ander optisch instrument een zich in een gebouw, woonwagen of woonschip bevindende persoon te bespieden.[723]

Voor toepassing van het eerste lid is nodig dat men zich 'in de nabijheid' van het bespiedde object bevindt. Wordt op een afstand bespied, dan is de reikwijdte van de bepaling aanzienlijk beperkter, zo blijkt uit het tweede lid. Op de openbare weg en op het strand is het bespiedverbod dan niet meer van toepassing.

Met betrekking tot de voorbeelden waarvan de strafbaarheid op grond van andere bepalingen uitgesloten of twijfelachtig werd geacht, is te concluderen dat ook de toepassing van deze APV-bepaling niet altijd succesvol zal zijn. De bedoelde voorbeelden betreffen het geval dat foto's worden gemaakt van algemene strandbeelden waarop ook naakte kinderen zijn te zien, en het geval dat op het strand gericht beelden van naakte kinderen worden gemaakt en live op het internet beschikbaar worden gesteld. Bij beide voorbeelden is het tweede lid van deze APV-bepaling niet van toepassing, omdat de gefilmde

---

722 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 7-8.

723 Art. 2:52 APV gemeente Groningen. Vgl. voorts bijvoorbeeld art. 77 APV gemeente Tilburg en art. 2.5.3 APV gemeente Nieuwegein. De APV's variëren wat betreft de reikwijdte van het tweede lid. Soms is bijvoorbeeld alleen de 'verrekijker' opgenomen.

personen zich niet in een gebouw, woonwagen of woonschip bevinden. Het komt dan dus aan op het eerste lid, in het bijzonder op de vraag of het heimelijk filmen 'in de nabijheid' van die personen gebeurt. Bij het vastleggen van de beelden zonder dat men op dat moment de beelden bekijkt ('blind filmen', als het ware), zou voorts nog de kwestie kunnen rijzen of dit wel 'bespieden' is in de zin van de APV-bepaling. 'Bespieden' zou kunnen duiden op een menselijke waarneming die op dat moment plaatsvindt.

Sinds kort hebben drie gemeenten binnen de stadsregio Rotterdam – de gemeenten Maassluis, Rotterdam en Vlaardingen – een nog verdergaande APV-bepaling. Deze bepaling bevat de eerste twee leden die zojuist zijn besproken, maar daaraan is tevens een derde lid toegevoegd:

> *Bespieden en heimelijk fotograferen/filmen van personen*
> (...)
> 3. Het is verboden op of aan de openbare weg dan wel in een voor publiek toegankelijke ruimte een persoon heimelijk te filmen of heimelijk te fotograferen door middel van een technisch hulpmiddel wanneer dit een aantasting van de eerbaarheid of een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert.[724]

Uit de Rotterdamse toelichting op deze bepaling blijkt dat deze gemeente de bepaling heeft ingevoegd naar aanleiding van de ontwikkelingen in de strafrechtspraak:

> 'Het derde lid is aanvullend op de artikelen 139f, 239, 246 en 441b Wetboek van Strafrecht en ziet op het heimelijk fotograferen en filmen van (delen van) personen waarbij de gefotografeerde of gefilmde personen er mogelijk geen weet van hebben dat zij worden gefilmd of gefotografeerd en waarbij het heimelijk fotograferen of filmen een aantasting van de eerbaarheid oplevert of een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt. Onder 'heimelijk' filmen of fotograferen wordt verstaan dat dit zonder instemming van de betrokkene heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad heeft bepaald dat het heimelijk filmen of fotograferen niet als 'ontuchtige handeling' in de zin van artikel 246 Wetboek van Strafrecht kan worden gekwalificeerd (LJN: BW500, HR 10/04529, HR 10/05527). Dit leidde tot vrijspraak van een persoon die tijdens een evenement met een daarvoor geprepareerde tas met daarin een camera onder de rokken van dames foto's maakte. Het voyeuristische gedrag brengt volgens de HR wel een grove schending van de privacy met zich mee door binnen te dringen in de persoonlijke levenssfeer met visuele middelen, maar is dus in principe geen ontuchtige handeling. Dit kan onwenselijke situaties opleveren, waartegen met dit APV artikel alsnog kan worden opgetreden. Toepassing zal plaatsvinden in excessieve situaties of bij klachten van burgers over voyeurs. Een bepaling over heimelijk afluisteren is in verband met artikelen 139a en verder, 374bis en 441a van het Wetboek van Strafrecht niet nodig.'[725]

In tegenstelling tot de eerste twee leden van de besproken APV-bepalingen, lijkt dit derde lid het geval te raken dat op het strand gericht beelden van naakte kinderen worden gemaakt en live op het internet beschikbaar worden

---

724 Zie Art. 2:53 APV van de gemeente Rotterdam en van de gemeente Maassluis, en art. 2.70 APV van de gemeente Vlaardingen.

725 Toelichting op art. 2:53 APV, APV Rotterdam 2012. De toelichting op art. 2:53 van de APV Maassluis is gelijkluidend.

gesteld (op of aan de openbare weg heimelijk filmen of fotograferen, terwijl dit een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert). Lastiger te bepalen is of het derde lid tevens betrekking heeft op het maken van algemene strandbeelden waarop, naast andere personen en objecten, ook naakte kinderen zijn te zien. In eerste instantie komt het daarbij aan op de vraag of reeds uit de foto kan blijken dat inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van een van de afgebeelde personen. Is dat niet het geval, dan rijst de vervolgvraag of de inbreuk van de persoonlijke levenssfeer mag worden afgeleid uit de bedoeling waarmee het beeld is gemaakt en uit de aard van het gebruik daarvan op een later tijdstip. Het antwoord daarop is thans niet te geven.[726]

2.9.2.7 Afsluiting

Terugblikkend op de ontwikkelingen in regelgeving en jurisprudentie, kan tot de volgende slotsom worden gekomen.

Het heimelijk filmen van naakte of halfnaakte minderjarigen valt onder bijzondere omstandigheden binnen de reikwijdte van art. 240b Sr (kinderpornografie), maar het enkele feit dat de minderjarige naakt is, is onvoldoende. Het heimelijk en met seksuele intenties filmen van meerderjarigen lijkt onder geen enkele omstandigheid als zedendelict te kunnen worden aangemerkt (zolang het filmen daadwerkelijk heimelijk plaatsvindt). In deze gevallen, alsmede in de gevallen waarin voor minderjarigen art. 240b Sr niet van toepassing is, moet worden uitgeweken naar het misdrijf als verwoord in art. 139f Sr (heimelijk filmen), de overtreding in art. 441b Sr (heimelijk filmen) of een bepaling uit een mogelijk geldende Algemene Plaatselijke Verordening. Al deze bepalingen hebben echter ook hun beperkingen.

Het misdrijf in art. 139f Sr mist toepassing bij het heimelijk filmen op voor publiek toegankelijke plaatsen, zoals op de openbare weg, op openbare stranden en in de algemene ruimtes van winkels. Een belangrijke beperking van art. 441b Sr is gelegen in de eis dat de camera ergens op of in moet zijn 'aangebracht'. Daaronder valt vermoedelijk niet het filmen uit de losse hand. De meeste APV's eisen ten slotte dat de filmer en de gefilmde in elkaars 'nabijheid' zijn of dat met een optisch hulpmiddel wordt ingezoomd in een gebouw of woning. Alleen een paar gemeenten hebben hun APV specifiek aangepast aan het heimelijk filmen met een seksuele strekking.

Het met de hand filmen van naakte kinderen op het strand is dus, voor zover geen 'seksuele gedraging' wordt opgenomen, niet strafbaar op grond van het Wetboek van Strafrecht, maar mogelijk nog op grond van een APV. Wordt wel ingezoomd op de geslachtsdelen maar het beeld alleen live doorgezonden zonder opnames te maken, dan is op dit moment twijfelachtig of dit een 'afbeelding van een seksuele gedraging' oplevert in de zin van art. 240b Sr. Onduidelijk is immers nog of daaronder ook live-beelden vallen.

---

[726] Hierbij zij volledigheidshalve herhaald dat bij het vervaardigen en vervolgens verspreiden van dergelijke beelden art. 35 Auteurswet van toepassing zou kunnen zijn. Vgl. voetnoot 687 en 705.

Wordt een schoencamera gebruikt om onder de rokken van vrouwen te filmen, dan is dit weliswaar geen misdrijf, maar wel een overtreding van art. 441b Sr: deze camera kan geacht worden te zijn 'aangebracht' in de zin van dat artikel. Worden de beelden echter gemaakt door uit de hand te filmen wanneer een vrouw bijvoorbeeld een trap oploopt, dan lijkt de stafbaarheid wederom alleen gebaseerd te kunnen worden op een eventueel verbod in de gemeentelijke APV, waarvan de toepasselijkheid nog afhankelijk is van de interpretatie van 'bespieden'. Het is de vraag of daarvoor direct een menselijke waarneming moet plaatsvinden of dat het maken van een opname daarvoor voldoende is.

2.9.3 Seksueel misbruik van overledenen

In deze paragraaf wordt ten slotte kort aandacht besteed aan een bijzonderheid in de Nederlandse strafwetgeving met betrekking tot de lichamelijke integriteit van overleden personen.

In het Wetboek van Strafrecht worden bepaalde gedragingen met betrekking tot graven en lijken uitdrukkelijk strafbaar gesteld als 'misdrijven tegen de openbare orde': de grafschending (art. 149 Sr), het opgraven of wegnemen van lijken (art. 150 Sr) en het begraven, vernietigen, verbergen etc. van lijken met het oogmerk het overlijden zelf of de oorzaak daarvan te verhelen (art. 151 Sr). Het gaat daarbij echter alleen om indirecte bescherming van de lichamelijke integriteit.[727]

Voor seksueel misbruik van een overledene heeft de zedentitel noch het overige strafrecht een specifieke voorziening. Dat de commune zedendelicten op dergelijke situaties moeilijk zijn toe te passen, werd recentelijk bevestigd in drie verschillende zaken waarin de verdachte het slachtoffer seksueel had misbruikt en om het leven had gebracht. Onduidelijk was of het seksueel misbruik ook bij leven had plaatsgevonden of enkel na het intreden van de dood.

In de eerste zaak, uit 2013, had het OM het seksueel misbruik in de tenlastelegging verwerkt als verkrachting (art. 242 Sr), subsidiair als een poging daartoe.[728] De rechtbank oordeelde daarover als volgt:

> 'Om (...) [verkrachting; KL] te kunnen bewijzen, dient onder meer sprake te zijn geweest van dwang. Daarvoor is vereist dat vast komt te staan dat het slachtoffer, [slachtoffer], nog leefde op het moment dat verdachte seks met haar had en dat verdachte haar tot die seks heeft gedwongen. (...) Uit de verklaringen van verdachte kunnen samengevat twee scenario's worden gedestilleerd. Het eerste is dat het slachtoffer nog leefde ten tijde van de penetratie door verdachte, het tweede is dat zij op dat moment was overleden. Van belang is te bezien voor welk van de twee scenario's de overige bewijsmiddelen in het dossier steun bieden.
>
> (...) Nu ook de bevindingen ten aanzien van het letsel van het slachtoffer niet tot een verantwoorde keuze voor het ene, dan wel het andere scenario kunnen leiden, kan de rechtbank niet vaststellen of het slachtoffer ten tijde van de penetratie door ver-

[727] Vgl. Duijst 2009, p. 55-56 en de conclusie van A-G Van Dorst voor HR 30 januari 1996, *NJ* 1996/263.

[728] Rb. Amsterdam 7 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6546 (moord op 91-jarige vrouw).

> dachte nog leefde. De (…) ten laste gelegde dwang kan gelet op het voorgaande niet worden bewezen. Verdachte zal van (…) [de verkrachting; KL] worden vrijgesproken.
>
> (…) Uit de overige stukken die zich in het dossier bevinden blijkt evenmin van een – voldoende duidelijk – begin van uitvoering. Verdachte zal daarom eveneens van de (…) ten laste gelegde poging tot verkrachting worden vrijgesproken.'

In hoger beroep oordeelde de rechter gelijkluidend.[729]

In de tweede zaak, uit 2014, werd de verdachte eveneens verkrachting ten laste gelegd en ook hier kwam de rechtbank tot een vrijspraak:

> 'Verdachte heeft verklaard dat hij seksuele handelingen heeft verricht met het lichaam van [slachtoffer] op het moment dat zij dood was. Deze verklaringen hoeven niet in tegenspraak te zijn met de bevindingen uit de sectie. Nu voorts geen bewijsmiddelen aanwezig zijn waaruit kan blijken dat [slachtoffer] in leven was op het moment dat verdachte de seksuele handelingen verrichtte, kan het (…) tenlastegelegde niet worden bewezen en dient verdachte te worden vrijgesproken van dit feit. Het verrichten van seksuele handelingen door verdachte na het overlijden van [slachtoffer] kan immers, hoe verwerpelijk deze handelingen ook zijn, niet leiden tot bewezenverklaring van de tenlastegelegde verkrachting (bij leven).'[730]

Uit de slotoverweging zou nog het signaal kunnen worden opgevangen dat de tenlastelegging volgens de rechtbank onvoldoende was toegespitst op het binnendringen nadat de dood was ingetreden, en dat bij een dergelijke tenlastelegging mogelijk wel tot een bewezenverklaring zou zijn gekomen. Dat oordeel verdraagt zich echter niet goed met de jurisprudentie van de Hoge Raad over het bestanddeel 'dwingen'. Daarvoor eist de Hoge Raad dat sprake is van onvrijwilligheid die door het slachtoffer ook als zodanig wordt beseft.[731] Van dwang kan dus alleen bij leven sprake zijn, zoals door de rechter in de eerste zaak uitdrukkelijk werd onderkend.

In de derde zaak, uit 2015, betrof het verwijt dat de verdachte seks had gehad met iemand in een onmachtssituatie zoals beschreven in art. 243 Sr. De rechtbank sprak vrij onder de volgende overweging:

> 'De rechtbank acht het (…) onaannemelijk dat [slachtoffer] nog leefde op het moment dat verdachte haar naar bed heeft gedragen en aldaar seksuele handelingen met haar heeft gepleegd.
>
> Het plegen van seksuele handelingen met iemand die is overleden valt niet binnen de reikwijdte van artikel 243 Sr, omdat voor een bewezenverklaring van artikel 243 Sr vereist is dat de persoon die de handelingen ondergaat een wil heeft. Een overleden persoon wordt volgens de wet geacht geen wil in de zin van deze strafbepaling meer te hebben. Voor het plegen van seksuele handelingen met een overledene is, hoe verwerpelijk een dergelijke daad ook is, geen specifieke strafbaarstelling in de Nederlandse wet opgenomen. Nu het bewijs dat [slachtoffer] op het moment van de handelingen nog leefde ontbreekt, moet verdachte worden vrijgesproken (…).'[732]

729 Hof Amsterdam 1 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2073 (moord op 91-jarige vrouw).

730 Rb. Gelderland 18 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1792.

731 Zie hierover paragraaf 2.7.3.4.

732 Rb. Overijssel 28 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:418.

De wetsgeschiedenis ter zake van art. 243 Sr lijkt geen aanleiding te geven de juistheid van dit oordeel in twijfel te trekken.[733]

Hoewel de verdachten in de drie besproken zaken werden vrijgesproken van het seksueel misbruik, volgde telkens een veroordeling voor een levensdelict. In alle gevallen heeft de rechter daarbij de gelegenheid aangegrepen de postume seksuele penetratie bij de strafmotivering te betrekken. Duidelijk lijkt evenwel dat seksueel misbruik van overledenen op zichzelf geen strafbaar feit oplevert en dat – daardoor – ook het bewijs van daadwerkelijke verkrachting of ander seksueel misbruik bij leven, vlak voor het intreden van de dood, dikwijls moeilijk te leveren zal zijn.

Aanknopingspunten voor een houdbaar strafrechtelijk verwijt in deze context, moeten worden gevonden in de delicten die goederen beschermen. Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever met de artt. 149-151 Sr geen uitputtende regeling met betrekking tot lijken willen creëren[734] en kan een lijk onder omstandigheden als 'goed' worden aangemerkt in de zin van andere bepalingen in de strafwet. Die invulling is reeds uitdrukkelijk vastgesteld met betrekking tot de delictsomschrijving van openlijke geweldpleging (art. 141 Sr; in dit geval bestond dit uit het gezamenlijk openlijk schoppen tegen een lijk).[735] Voorts overwoog de Hoge Raad al in de jaren '40 van de vorige eeuw dat met het stelen van kronen en stifttanden uit een lijk, goederen worden weggenomen 'die aan een ander toebehoren' in de zin van art. 310 Sr (diefstal). Die 'andere' is hier de nabestaande. Deze kan volgens de Hoge Raad een zodanige zeggenschap over het lijk hebben – 'zij het beperkt door wat de wet gebiedt en door wat voortvloeit uit godsdienstige en zedelijke opvattingen, alsmede door wat door de overledene zelf met inachtneming van een en ander is bepaald' – dat van een toebehoren in de zin van art. 310 Sr kan worden gesproken.[736]

Wordt deze informatie gecombineerd, dan rijst het vermoeden dat handelingen met betrekking tot een stoffelijk overschot onder omstandigheden tevens onder de werking van art. 350 Sr te brengen zijn (onder meer: het opzettelijk en wederrechtelijk beschadigen van een goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort). Inderdaad werd dit door de Hoge Raad in 2008 met betrekking tot het Arubaanse strafrecht bevestigd.[737] In 2014 volgde de rechtbank Den Haag deze opvatting toen zij een verdachte niet alleen veroordeelde voor doodslag, maar ook voor het nadien vernielen (art. 350 Sr) van het stoffelijk overschot door het in stukken te zagen.[738] Daarbij gaf de recht-

---

733 Zie over de algemene strekking van art. 243 Sr: paragraaf 2.5.

734 HR 26 maart 2002, *NJ* 2004/351, m.nt D.H. de Jong.

735 *Idem*.

736 HR 25 juni 1946, *NJ* 1946/503 (Kronen en stifttanden).

737 HR 20 mei 2008, *NJ* 2008/301. De overweging uit het Kronen en stifttanden-arrest werd hierin herhaald.

738 Rb. Den Haag 19 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7500. De veroordeling betrof voorts art. 151 Sr (het wegmaken van een lijk met het oogmerk het overlijden en de oorzaak daarvan te verhelen); de verdachte had de afzonderlijke delen van het stoffelijk overschot her en der verspreid. Deze zaak vertoont feitelijke overeenkomsten met de genoemde Arubaanse zaak, waarin het lijk in stukken was gezaagd en die stukken daarna in brand waren gestoken.

bank ervan blijk de verhouding tussen de feiten en de juridische kwalificatie te betreuren:

> 'Voor wat betreft [het verwijt ter zake van art. 350 Sr; KL] merkt de rechtbank op dat de Nederlandse wet geen strafbepaling kent ter zake van lijkschennis. Voor de bescherming van de onschendbaarheid van het lichaam van een overledene moet de rechtspraktijk zich behelpen met de delictsomschrijving van artikel 350 van het Wetboek van Strafrecht, het artikel dat de vernieling of beschadiging van een stoffelijk voorwerp strafbaar stelt.'

Wat seksueel misbruik van een overledene betreft, volgt uit het voorgaande dat sprake zou kunnen zijn van het 'beschadigen' van een goed dat aan een ander toebehoort, wanneer kan worden aangetoond dat het seksueel misbruik heeft geleid tot de beschadiging van menselijk weefsel. Ontbreekt echter elk spoor van beschadiging, dan heeft het strafrecht ogenschijnlijk weinig meer te bieden.[739]

[739] Bij het aantreffen van 'letsel' zou nog gedacht kunnen worden aan 'mishandeling' (art. 300 Sr e.v.), maar zeer waarschijnlijk moet ook ten aanzien van die delicten worden geconstateerd dat zij louter de levende mens beschermen.

Hoofdstuk 3
Herzieningssuggesties in interviews en literatuur

A.A. van Dijk & K. Lindenberg

3.1 Inleiding

3.1.1 Opzet van dit hoofdstuk in kort bestek

3.1.1.1 Onderzoeksvragen

Dit hoofdstuk staat in het teken van suggesties voor herziening van Titel XIV die zijn aangedragen in de voor deze studie gehouden interviews en in de literatuur. Het betreft de beantwoording van de tweede en derde onderzoeksvraag bij deze studie, zoals besproken in paragraaf 1.3:

> Onderzoeksvraag 2
> *Welke herzieningssuggesties met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling worden genoemd in interviews met gebruikers van de wet?*
>
> Onderzoeksvraag 3
> *Welke herzieningssuggesties met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling worden genoemd in documenten vanaf 1999?*

De bevindingen uit dit hoofdstuk vormen samen met die uit het vorige hoofdstuk de grondslag voor de eindevaluatie in hoofdstuk 4.

Van de wijze waarop onderzoeksvragen 2 en 3 hier worden beantwoord, volgt in de volgende paragrafen een nadere toelichting en verantwoording (zie paragraaf 3.1.2 voor onderzoeksvraag 2 en paragraaf 3.1.3 voor onderzoeksvraag 3). Beknopt weergegeven is de opzet van dit hoofdstuk als volgt.

3.1.1.2 Volgorde

Uit voor deze studie gehouden interviews en uit de bestudeerde literatuur zijn herzieningssuggesties geëxtraheerd die betrekking hebben op Titel XIV. Deze suggesties zijn in de voorliggende verslaglegging thematisch geordend, waarbij zo veel mogelijk is aangesloten bij de indeling die in hoofdstuk 2 is gehanteerd.[1]

---

[1] Ook de interviewvragen zijn aan deze indeling opgehangen; zie bijlage 2. Over de achtergrond van deze indeling, zie paragraaf 2.2.3.3.

Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan seksuele delicten tegen jeugdigen (paragraaf 3.2), seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen (paragraaf 3.3), seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken (paragraaf 3.4), verkrachting en aanranding (paragraaf 3.5), strafverzwaringsgronden (paragraaf 3.6) en overige zedendelicten (paragraaf 3.7). Paragraaf 3.8 staat in het teken van een aantal bijzondere thema's (varia). De afsluitende paragraaf 3.9 bevat een opsomming van alle in het hoofdstuk gedane suggesties ten aanzien van het wijzigen van de zedentitel.

3.1.1.3 Bronnen en weergave van de herzieningssuggesties

De herzieningssuggesties zijn afgeleid uit de in totaal zeventien interviews die ten behoeve van deze studie zijn gehouden en uit juridische documenten daterend van 1999 of later. De herzieningssuggesties worden aldus aan bepaalde geïnterviewden dan wel auteurs toegeschreven. Van de bij het verwerkingsproces gehanteerde criteria wordt in paragraaf 3.1.2 en 3.1.3 verslag gedaan.

De groep geïnterviewde personen bestond uit vijf leden van het openbaar ministerie, vijf strafrechtadvocaten, vijf rechters, de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen en ten slotte strafrechtswetenschapper dr. Renée Kool. De informatie uit de interviews met de eerstgenoemde vijftien geïnterviewden uit de rechtspraktijk wordt anoniem weergegeven. Op grond daarvan worden in dit hoofdstuk de volgende aanduidingen gehanteerd voor de geïnterviewden:

Aanduiding voluit	**Aanduiding gecodeerd**
Officier 1	O1
Officier 2	O2
Officier 3	O3
Officier 4	O4
Officier 5	O5
Advocaat 1	A1
Advocaat 2	A2
Advocaat 3	A3
Advocaat 4	A4
Advocaat 5	A5
Rechter 1	R1
Rechter 2	R2
Rechter 3	R3
Rechter 4	R4
Rechter 5	R5
Nationaal Rapporteur Mensenhandel	NRM
Renée Kool	RK

Bij de weergave van de herzieningssuggesties in dit hoofdstuk moeten drie onderdelen worden onderscheiden: (i) de herzieningssuggestie zelf, (ii) een

opsomming van bijbehorende informatie, veelal een beknopte samenvatting van de voor de suggestie aangedragen argumenten, en (iii) de tekstfragmenten waarop de suggestie is gebaseerd. Het volgende kan als voorbeeld dienen:

(i) **#1 Overwogen zou kunnen worden de term 'seksuele gedraging' in art. 240b Sr te vervangen door een term die buiten twijfel stelt dat feitelijkheden zoals poseren of heimelijk filmen van een douchend persoon onder de bepaling vallen. (O1)**

(ii)
- De term 'seksuele gedraging' levert te veel discussie op in de rechtspraktijk. (O1)

(iii) *Officier 1*
Eventueel knelpunt zou kunnen zijn de seksuele gedraging op zich. Daar is nog wel eens discussie over op zitting. In hoeverre een bepaalde afbeelding nu wel of niet een seksuele gedraging laat zien. De verdediging wil nog wel eens aanvoeren dat het gewoon slechts poseren geen seksuele gedraging is. Zeker niet als dat ook deels gekleed of schaars gekleed is. [etc.]

Bij onderdeel (i) zijn de herzieningssuggesties vetgedrukt en genummerd, en het nummer wordt voorafgegaan door een kardinaalteken (#). Achter de suggestie staat tussen haakjes gecodeerd weergegeven aan welke geïnterviewden en/of auteurs de suggestie wordt toegeschreven (in dit geval O1, waarmee officier 1 wordt aangeduid). Onderdeel (ii) is vaak, maar niet altijd opgenomen. De weergave is afhankelijk van de lengte en inhoud van de bijbehorende tekstfragmenten. Onderdeel (iii) is altijd opgenomen. Ingeval de tekstfragmenten een document betreffen, is dit uitdrukkelijk aangegeven in het kopje van onderdeel (iii) na vermelding van de auteur (bijvoorbeeld 'Machielse (document)').

3.1.1.4 Aandachtspunten

Hoewel zij dadelijk worden toegelicht, verdienen enkele bijzonderheden reeds hier vermelding.

Ten eerste komt het voor dat bepaalde herzieningssuggesties sterk met elkaar samenhangen of wortelen in dezelfde tekstfragmenten. In die gevallen is er dikwijls voor gekozen onderdeel (iii) pas te laten volgen na de betreffende reeks van herzieningssuggesties met bijbehorende beknopte informatie, dus na een reeks van onderdelen (i) en (ii). Men dient er dus op bedacht te zijn dat de tekstfragmenten in die gevallen betrekking hebben op alle daaraan voorafgaande herzieningssuggesties die nog niet van tekstfragmenten zijn voorzien.

Ten tweede moet worden opgemerkt dat de bronnen van bepaalde tekstfragmenten sterk kunnen samenhangen of zelfs kunnen samenvallen. Soms is dat onmiddellijk zichtbaar, zoals in het geval van de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen en Renée Kool. Zij figureren in dit hoofdstuk als geïnterviewden, maar ook als de auteur van documenten. Bij een aantal herzieningssuggesties zijn beide rollen relevant en valt de bron in zoverre samen. In die situaties is voor de verkorte weergave van hun rol als auteur van een document gebruikgemaakt van de afkorting 'NRM-doc' respectievelijk 'RK-doc', om te onderscheiden van hun rol als geïnterviewde ('NRM' respectievelijk 'RK'). Daarnaast kan sterke samenhang bestaan tussen enerzijds de interviewfragmenten van een of meer officieren van justitie en anderzijds het document dat is aangeleverd door het openbaar ministerie (Notitie OM 2014, opgenomen in bijlage 3). Een of meer auteurs van dit document zijn tevens geïnterviewd in het kader van deze studie, terwijl veel andere OM-geïnterviewden ook op de hoogte waren van het document. Aldus is soms sprake van overlap dan wel van kruisbestuiving van bronnen. De wijze waarop de notitie van het OM onderdeel van het onderzoek is geworden, is toegelicht in paragaaf 1.3.3.

3.1.2 Interviews

3.1.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de gebruikte methodiek, het doel van de interviews en de waarde die kan worden toegekend aan de resultaten. Paragraaf 3.1.2.2 bevat algemene informatie over de vragenlijst en de interviews. Paragraaf 3.1.2.3 staat in het teken van de verwerking en de weergave van de interviews. In paragraaf 3.1.2.4 wordt uiteengezet hoe het centrale doel van dit empirische onderzoek – het genereren van een grote hoeveelheid suggesties – is bewerkstelligd. Het belang en de beperkingen van de resultaten worden ten slotte besproken in paragraaf 3.1.2.5.

3.1.2.2 Algemene informatie over de interviews

Voor dit onderzoek zijn in totaal zeventien personen aan een diepgaand semi-gestructureerd interview onderworpen. Het gaat daarbij in de eerste plaats om vijf personen uit de staande magistratuur. Deze geïnterviewden zijn aangezocht op voorspraak van een uit het openbaar ministerie afkomstig lid van de begeleidingscommissie. Het betreft vier officieren van justitie en één advocaat-generaal. Al deze geïnterviewden zijn gespecialiseerd in misdrijven tegen de zeden. In de tweede plaats zijn vijf strafrechtadvocaten aan een interview onderworpen. De advocaten zijn door de onderzoekers en de begeleidingscommissie geselecteerd op basis van hun expertise met zedendelicten. In de derde plaats zijn vijf uit de zittende magistratuur afkomstige personen geïnterviewd. Deze geïnterviewden zijn, met toestemming van de Raad van de Rechtspraak, voorgedragen door het Landelijk Overleg Vakinhoud Straf-

recht. Drie van de geïnterviewden zijn werkzaam bij een rechtbank en twee zijn werkzaam bij een gerechtshof. De onderzoekers hebben weinig inzicht in de specifieke expertise van de geïnterviewde rechters. Gezien het feit dat zedendelicten betrekkelijk vaak op de rol staan, mag verwacht worden dat de geïnterviewden in elk geval ruime ervaring hebben met de meest voorkomende zedendelicten.

De opvattingen van deze vijftien geïnterviewden zijn niet op naam weergeven in dit hoofdstuk. De opvattingen van de volgende twee geïnterviewde personen worden wel op naam weergeven. Mr. Corinne Dettmeijer-Vermeulen is in haar hoedanigheid van Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen geïnterviewd over de aspecten uit dit onderzoek die het mandaat van de Nationaal Rapporteur raken. Dr. Renée Kool, universitair hoofddocent bij het Willem Pompe instituut voor strafrechtswetenschappen aan de Universiteit Utrecht is geïnterviewd in verband met haar bijzondere wetenschappelijke expertise op het gebied van zedendelicten.

De interviews stonden in het teken van de algemene vraag of de zedendelicten (titel XIV, boek II, Wetboek van Strafrecht) dienen te worden herzien. Daarbij is in het bijzonder de aandacht gevestigd op de factoren samenhang, vereenvoudiging en normstelling.[2] Er is voor gekozen de vragen over de afzonderlijke bepalingen van de zedentitel niet in de volgorde van de titel aan bod te laten komen. De vragen in de voor de interviews gebruikte vragenlijst zijn geordend op basis van de categorieën die ook in hoofdstuk 2 zijn gehanteerd:[3] (a) seksuele delicten tegen jeugdigen, (b) seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen, (c) seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken, (d) seksuele delicten door middel van dwang, (e) strafverzwaringsgronden, en (f) overige zedendelicten.

De voor de interviews gebruikte vragenlijst is opgenomen in bijlage 2. De vragenlijst bestaat uit vierendertig inhoudelijke vragen. Negen vragen hebben betrekking op één enkel delict. Bij vijf vragen is er in verband met samenhang tussen bepalingen of uit oogpunt van efficiëntie voor gekozen om meerdere bepalingen in één vraag aan de orde te stellen.[4] Sommige bepalingen komen bij meerdere vragen aan de orde. Dit is geschied indien de bepaling betrekking heeft op verschillende categorieën. Zo komt art. 247 Sr zowel aan bod bij de seksuele delicten tegen jeugdigen (vraag 2) als bij de seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen (vraag 13).[5]

---

2 Zie hierover paragraaf 1.2.1. De factoren zijn gedefinieerd in de inleiding van de voor de interviews gebruikte vragenlijst (zie bijlage 2). Het verdient vermelding dat ten tijde van de interviews nog sprake was van werkdefinities. De uiteindelijke definities wijken hiervan ietwat af, maar naar onze opvatting niet in die mate dat sprake is van een significant verschil.

3 Zie paragraaf 2.2.3.3 over de achtergrond van deze indeling.

4 Zie vraag 2, 3, 13, 21 en 29.

5 Daarnaast komt art. 249 Sr zowel aan de orde bij de seksuele delicten tegen jeugdigen (vraag 8) als bij de seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken (vraag 17).

Alle vragen die specifiek gericht zijn op een of meer bepalingen zijn opgebouwd op basis van het volgende stramien: 'Kunt u met betrekking tot [art. *x* Sr] knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?' Daarnaast zijn alle zes categorieën afgesloten met drie vragen over de categorie in kwestie. Deze vragen hebben achtereenvolgens betrekking op (1) inperking en uitbreiding, (2) samenhang en (3) eventuele andere aspecten die de geïnterviewde nog naar voren zou willen brengen. In de laatste vraag van het interview wordt de vraag opgeworpen of er nog iets niet aan de orde is gekomen wat de geïnterviewde nog wel wil opmerken.

Het verdient opmerking dat vraag 33 van de vragenlijst, die gaat over eventuele herinvoering van een pooierverbod als aanvulling op het delict mensenhandel (art. 273f Sr), buiten de zojuist beschreven kaders valt. De betreffende interviewvraag houdt verband met een afzonderlijke inventarisatie die op verzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum in het onderzoek naar Titel XIV is ingebed. De antwoorden op deze vraag zijn neergelegd in een aparte publicatie.[6] Opmerkingen over een pooierverbod zijn alleen verwerkt in het onderhavige hoofdstuk voor zover dat samenhing met andere suggesties ten aanzien van herziening van de zedentitel.[7]

De achterliggende gedachte van de interviews was om door de geïnterviewden zelf gegenereerde ideeën boven tafel te krijgen. De interviewvragen kenmerken zich daarom door een relatief open en weinig sturend karakter. De geïnterviewde wordt uitgenodigd aan bepalingen klevende knelpunten aan te dragen die door wetgeving verbeterd zouden kunnen worden. Het verdient echter opmerking dat in een aantal opzichten wel degelijk sturing van de geïnterviewden kan hebben plaatsgevonden. In de eerste plaats gaan sommige vragen gepaard met een opsomming van belangrijke delictscomponenten of bijzonderheden.[8] Deze informatie is door sommige geïnterviewden aangegrepen om op de daar genoemde punten commentaar te leveren. In de tweede plaats kan enige sturing zijn uitgegaan van de indeling in categorieën. Daardoor wordt zichtbaar gemaakt dat bepaalde delicten uit de zedentitel zich niet goed in de gekozen systematiek laten inpassen. Ten slotte is bij het doorvragen door de interviewer soms gebruikgemaakt van meer sturende vragen, bijvoorbeeld door het voorhouden van opvattingen uit de literatuur of van andere geïnterviewden indien de situatie daartoe aanleiding gaf.

De vragenlijst is voorafgaand aan de interviews aan de geïnterviewden opgestuurd. Aan de vijftien in de rechtspraktijk werkzame juristen is medegedeeld dat van hen afkomstige uitspraken in het onderzoeksrapport op basis van anonimiteit zullen worden weergegeven. Daarnaast zijn alle geïnterviewden erop gewezen dat in het onderzoeksrapport op te nemen uitspraken eerst ter goedkeuring zullen worden voorgelegd. De interviews zijn in mei en juni van 2014 afgenomen. Zestien interviews zijn afgenomen door Alwin van

6 Zie Lindenberg 2015.

7 Zie O5 bij suggestie #56 en #56H en R4 bij suggestie #161.

8 Deze informatie is weergegeven in de vragenlijst, maar is tijdens het interview niet in de vraagstelling betrokken.

Dijk. Het interview met Renée Kool is afgenomen door Kai Lindenberg. Op één interview na hebben alle interviews plaatsgevonden op de werkplek van de geïnterviewde. Het kortste interview duurde 43 minuten en het langste interview nam 143 minuten in beslag. De gemiddelde interviewtijd bedroeg 87 minuten. De interviews zijn opgenomen met een voicerecorder. Vervolgens zijn de interviews verbatim uitgeschreven door onderzoeksassistenten. Het concepthoofdstuk is aan de geïnterviewden ter goedkeuring voorgelegd. Alle geïnterviewden hebben ingestemd met de uiteindelijke weergave van de aan hen toegeschreven citaten.

3.1.2.3 Verwerking en weergave van de interviews

Bij de verwerking en weergave van de interviews is voor een belangrijk deel aansluiting gezocht bij een in het kader van een ander project ontwikkelde methode.[9] Zoals eerder uiteen is gezet, bestaat dit hoofdstuk primair uit suggesties, informatie-eenheden en interviewfragmenten. Boven een interviewfragment wordt de persoon in kwestie aangeduid als ‘officier’, ‘advocaat’, ‘rechter’, ‘Nationaal Rapporteur Mensenhandel’ of ‘Renée Kool’.[10] Achter suggesties en informatie-eenheden wordt door middel van letter- en cijfercoderingen weergegeven aan welke geïnterviewden het wordt toegeschreven. In de onderstaande tabel worden de in het vervolg van het hoofdstuk gebruikte aanduidingen weergegeven. Tevens is het geslacht van de geïnterviewde vermeld.

Aanduiding voluit	**Aanduiding gecodeerd**	**Geslacht**
Officier 1	O1	Vrouw
Officier 2	O2	Vrouw
Officier 3	O3	Vrouw
Officier 4	O4	Vrouw
Officier 5	O5	Vrouw
Advocaat 1	A1	Man
Advocaat 2	A2	Man
Advocaat 3	A3	Vrouw
Advocaat 4	A4	Man
Advocaat 5	A5	Man
Rechter 1	R1	Man
Rechter 2	R2	Vrouw
Rechter 3	R3	Vrouw
Rechter 4	R4	Man
Rechter 5	R5	Vrouw
Nationaal Rapporteur Mensenhandel	NRM	Vrouw
Renée Kool	RK	Vrouw

Tabel 13 - Respondenten

[9] Zie Van Dijk 2013.

[10] Zoals eerder is uiteengezet, is een van de als ‘officier’ aangeduide personen advocaat-generaal bij een gerechtshof en zijn twee van de als ‘rechter’ aangeduide personen raadsheer bij een gerechtshof.

De verwerking van de interviews heeft plaatsgevonden op basis van de verbatim uitgeschreven interviewverslagen. Daarbij is gebruikgemaakt van het volgende inhoudelijke selectiecriterium: heeft de geïnterviewde suggesties gedaan met betrekking tot de wijziging van de zedentitel of daarmee verband houdende onderwerpen van materieelrechtelijke aard? Dat betekent dat een wijzigingsvoorstel in beginsel betrekking dient te hebben op de zedentitel. In een aantal gevallen is ervoor gekozen materieelrechtelijke suggesties op te nemen die weliswaar niet rechtstreeks betrekking hebben op de zedentitel, maar die wel van belang zijn voor de titel. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de proeftijd bij een ter zake van een zedendelict bepaalde voorwaardelijke sanctie, om het taakstrafverbod voor bepaalde zedendelicten (art. 22b Sr) en om het opnieuw invoeren van het klachtvereiste voor art. 245 Sr.[11] Suggesties die uitsluitend betrekking hebben op strafprocessuele bevoegdheden zijn niet in dit hoofdstuk verwerkt. Indien een suggestie tot wijziging van het materiele recht (deels) is ingegeven door een daaraan gekoppelde uitbreiding van strafprocessuele bevoegdheden, dan is de suggestie wel opgenomen.[12]

Als een wijzigingsvoorstel voor opneming in aanmerking kwam, dan is getracht het voorstel zo kort en helder mogelijk in de vorm van een suggestie voor de wetgever te gieten. De in dit hoofdstuk weergegeven suggesties zijn vetgedrukt, genummerd en het nummer wordt voorafgegaan door een kardinaalteken (#). Achter de suggestie staat tussen haakjes gecodeerd weergegeven welke geïnterviewden de suggestie onderschrijven.

In bepaalde gevallen zijn onder een suggestie of suggesties informatie-eenheden geplaatst die relevant zijn in verband met de bijbehorende suggestie of suggesties. De informatie-eenheden worden voorafgegaan door een bolvormig opsommingsteken. Deze informatie-eenheden hebben betrekking op redenen die ten grondslag liggen aan een suggestie, argumenten die pleiten voor een suggestie of andere relevante achtergrondinformatie. Achter de informatie-eenheden wordt eveneens gecodeerd weergegeven welke geïnterviewden de informatie-eenheid onderschrijven.

Onder een suggestie of groep van suggesties (en eventueel bij de suggestie(s) behorende informatie-eenheden) zijn in alle gevallen interviewfragmenten geplaatst. In beginsel geldt dat suggesties en informatie-eenheden die aan de vertolker van het fragment worden toegeschreven uit het fragment in kwestie moeten kunnen worden afgeleid. Voor zover dat in mindere mate het geval is, moet bedacht worden dat de verwerker bij het opstellen van de suggesties en informatie-eenheden gebruik heeft gemaakt van meer informatie dan op de plek in kwestie is weergeven. In de eerste plaats geldt dat vaak slechts de kern van een relevante passage is opgenomen. In de tweede plaats heeft de geïnterviewde in sommige gevallen op andere plaatsen in het interview informatie verstrekt die dienstig is geweest bij de interpretatie van het

11 Zie respectievelijk suggestie #23, #25 en #33.

12 Zie bijv. suggestie #186, waarbij de verhoging van de maximumstraf in verband wordt gebracht met de mogelijkheid van voorlopige hechtenis.

fragment in kwestie. In de derde plaats heeft de verwerker frequent passages uit interviews nageluisterd. De intonatie van het gezegde en interacties tussen de interviewer en de geïnterviewde verschaffen regelmatig informatie die niet of nauwelijks naar voren komt in de geschreven weergave van het interview.[13] Ten slotte is van belang dat de suggesties, informatie-eenheden en fragmenten die in het rapport zijn opgenomen door de geïnterviewden zijn goedgekeurd. Daaruit mag met enige voorzichtigheid afgeleid worden dat de geïnterviewden zich in voldoende mate hebben kunnen vinden in de interpretatie van de bewerker.

Het verdient vermelding dat de bewerker zich behoorlijke vrijheden heeft veroorloofd bij het weergeven van de interviewfragmenten. Om de leesbaarheid te bevorderen zijn wijzigingen in de tekst aangebracht, zijn kennelijke versprekingen verbeterd, zijn passages, zinnen en woorden verwijderd, en is de volgorde van passages, zinnen en woorden aangepast. Daarnaast zijn door de geïnterviewde bevestigde parafrases en vragen in sommige gevallen als tekst aan de geïnterviewde toegeschreven. Tevens zijn bepaalde passages aangepast om de anonimiteit van geïnterviewden of andere personen te waarborgen. Ten slotte is van belang op te merken dat de concepttekst aan de geïnterviewden ter goedkeurig is voorgelegd. Naar aanleiding van het commentaar van de geïnterviewden zijn in sommige gevallen wijzigingen in de tekst aangebracht. Het commentaar gaf in bepaalde gevallen aanleiding tot het geheel herschrijven van passages, zodat de achterliggende gedachte op zakelijker wijze voor het voetlicht werd gebracht.

De gemaakte wijzigingen zijn in de regel niet kenbaar weergegeven in de opgenomen fragmenten. Het spreekt voor zich dat er bij het maken van de wijzigingen naar is gestreefd de tekst niet te denatureren. Het centrale doel van de wijzigingen was veeleer om het fragment zo te presenteren dat de kennelijke bedoeling van de geïnterviewde zo helder mogelijk voor het voetlicht werd gebracht. De goedkeuring van de uiteindelijke weergave van de fragmenten rechtvaardigt de verwachting dat geen ernstige denaturering heeft plaatsgevonden.

De suggesties, informatie-eenheden en interviewfragmenten zijn opgenomen in paragrafen die betrekking hebben op vragen over een of meer bepalingen uit de zedentitel. In een aantal gevallen bleek het mogelijk een thematische ordening aan te brengen door het creëren van subparagrafen. In de meeste gevallen was het echter lastig een thematische ordening aan te brengen. Het deed zich bijvoorbeeld regelmatig voor dat meer suggesties te destilleren waren uit een interviewfragment dat zich niet goed leent voor opsplitsing. In dergelijke gevallen kan het voorkomen dat suggesties die weinig met elkaar van doen hebben naast elkaar zijn opgenomen. Daarnaast bleek het vaak nuttig om suggesties van een en dezelfde persoon relatief dicht bij elkaar te plaatsen, zodat de samenhang in het verhaal beter te volgen is. Er is,

13 Het kan zich bijvoorbeeld voordoen dat een geïnterviewde een keer of vijf enthousiast 'ja' zegt tijdens een parafrase van de interviewer. Dat soort uitingen kunnen lastig tot uitdrukking worden gebracht bij het weergeven van een passage.

met inachtneming van de zojuist uiteengezette beperkingen, naar gestreefd om de meest logische volgorde van suggesties en de daarbij behorende informatie-eenheden en fragmenten aan te brengen. Het verdient daarbij opmerking dat de interviews in eerste instantie zijn verwerkt in de in tabel 13 opgenomen volgorde van geïnterviewden. Elke afwijking van die volgorde binnen een paragraaf vloeit voort uit het streven een voor de context van het geval zo logisch mogelijke volgorde te bewerkstelligen.

De op de interviews betrekking hebbende informatie is weergegeven op basis van de volgende standaardopbouw. Achter een suggestie staat tussen haakjes weergegeven welke geïnterviewden de suggestie onderschrijven. Onder de suggestie zijn mogelijk een of meer informatie-eenheden opgenomen die gronden of argumenten voor de suggestie opleveren. Hierachter is eveneens vermeld welke geïnterviewden de informatie-eenheid onderschrijven. Vervolgens zijn een of meer interviewfragmenten opgenomen. Deze fragmenten zijn afkomstig van geïnterviewden die de suggestie onderschrijven.

In een aantal gevallen wijkt de presentatie af van deze standaardopbouw. In de eerste plaats kan het zich voordoen dat een informatie-eenheid is opgenomen die juist niet in lijn is met de suggestie waar het betrekking op heeft.[14] In de tweede plaats komt het voor dat een geïnterviewde als onderschrijver van een suggestie of informatie-eenheid wordt aangeduid, hoewel geen interviewfragment van de persoon in kwestie is opgenomen.[15] Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als er niet veel inhoudelijks valt weer te geven of als opneming van een fragment weinig zou toevoegen aan de opgenomen fragmenten. In de derde plaats worden soms interviewfragmenten onder een suggestie opgenomen, hoewel de geïnterviewde in kwestie niet als onderschrijver van de suggestie wordt aangeduid. Daaraan kan ten grondslag liggen dat de geïnterviewde relevante informatie verschaft in verband met de suggestie, hoewel de geïnterviewde niet expliciet zinspeelt op herziening van de wet.[16]

De in een bepaalde paragraaf opgenomen interviewfragmenten zijn in de regel afkomstig van de antwoorden op een vraag of vragen naar aanleiding van de bepaling of bepalingen waar de paragraaf betrekking op heeft. Dat brengt mee dat de fragmenten gelezen moeten worden in de context van de desbetreffende bepalingen. In sommige gevallen is een fragment echter gedestilleerd uit het antwoord op een vraag die geen betrekking heeft op de bepalingen in kwestie. Er is dan bij gelegenheid voor gekozen de context te duiden door 'naar aanleiding van art. *x*' boven het fragment te plaatsen.[17]

De meeste suggesties komen slechts één keer in dit hoofdstuk aan de orde. In sommige gevallen is een suggestie echter van belang voor meerdere, niet in

[14] Zie bijv. de alleen aan A2 toegeschreven informatie-eenheid onder suggestie #9 en #10.

[15] Zie bijv. RK in verband met suggestie #12 en O4, A1, A2, R2 en R4 ten aanzien van de eerste informatie-eenheid onder suggestie #13.

[16] Zie bijv. O3 in verband met suggestie #38.

[17] Zie bijv. het fragment onder suggestie #3.

dezelfde paragraaf besproken thema's. In dergelijke gevallen is er regelmatig voor gekozen om de suggesties, informatie-eenheden en fragmenten op meerdere plaatsen in het hoofdstuk op te nemen. De suggestie krijgt dan een uniek nummer toebedeeld in de eerste paragraaf waarin de suggestie wordt opgenomen. De herhaling van de suggestie later in het hoofdstuk heeft dezelfde numerieke aanduiding, maar wordt gevolgd door de letter H (herhaling).[18]

De meeste in het hoofdstuk opgenomen interviewfragmenten zijn uniek, in die zin dat ze slechts worden gebruikt bij één suggestie (en de eventuele herhaling van de suggestie). In sommige gevallen is een en dezelfde passage echter opgenomen in verschillende interviewfragmenten.[19] Dat doet zich voor als de passage in kwestie van belang is in verband met meerdere suggesties.

De interviewvragen zijn gericht op de vraag of knelpunten bestaan die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden. Het spreekt daarom voor zich dat de meeste suggesties betrekking hebben op het wijzigen van de huidige wet. In sommige gevallen hebben geïnterviewden spontaan of naar aanleiding van doorvragen van de interviewer laten weten tegen een bepaalde wijziging van de wet te zijn. Indien het wijzigingsvoorstel waartegen gereageerd wordt, vervat is in een suggestie, dan is er soms voor gekozen het tegengeluid eveneens in een suggestie voor de wetgever te vervatten. Dit is kenbaar gemaakt door de suggestie vooraf te laten gaan van het woord 'contra'.[20]

Een belangrijk voordeel van het per bepaling dan wel groep van bepalingen presenteren van de opvattingen van de geïnterviewden is dat bijna alle informatie die daarvoor van belang is bij elkaar is opgenomen. Als de opvattingen van meerdere geïnterviewden onder één suggestie gebracht konden worden, dan staan alle daarop betrekking hebbende fragmenten zelfs onder elkaar geplaatst. Een nadeel van de gekozen benadering is echter dat de opvattingen van een en dezelfde geïnterviewde over het zeer omvangrijke hoofdstuk zijn verspreid. In sommige gevallen is een bepaalde suggestie of een bepaald fragment beter te begrijpen in relatie tot suggesties of fragmenten die in een andere paragraaf zijn opgenomen. Daarom zijn achter sommige suggesties kruisverwijzingen opgenomen naar andere aan dezelfde geïnterviewde toegeschreven suggesties.[21] Daarnaast is gebruikgemaakt van kruisverwijzingen indien verschillende suggesties die niet vlak bij elkaar zijn opgenomen relevante samenhang vertonen.[22] Ten slotte is altijd een kruisverwijzing opgenomen naar de pendant van een suggestie in het geval van herhalingen of contrasuggesties.

18 Zie bijv. suggestie #3 en #3H.

19 Zie bijv. een passage uit de fragmenten van O5 die zijn geplaatst onder suggestie #110 en #114.

20 Zie bijv. suggestie #6 in verband met suggestie #5.

21 Zie bijv. suggestie #37 en suggestie #83.

22 Zie bijv. suggestie #20 en suggestie #49.

3.1.2.4 De centrale gedachte: via kwantiteit naar kwaliteit

De interviewvragen, de randvoorwaarden van het interview, de wijze van interviewen, de verwerking van de antwoorden en de presentatie van de opvattingen zijn in lijn met de ideeën die ten grondslag liggen aan creatieve probleemoplossing. Osborn, die het concept van brainstormen heeft ontwikkeld, breekt een lans voor de volgende twee met elkaar samenhangende uitgangspunten.[23] Het eerste uitgangspunt is dat men zich in de fase van ideeënvorming dient te onthouden van kritiek. Het tweede uitgangspunt legt de nadruk op het genereren van een grote hoeveelheid ideeën. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat de kans daardoor vergroot wordt dat waardevolle ideeën gegenereerd worden. *Kwantiteit* vormt met andere woorden een springplank voor *kwaliteit*. Het spreekt voor zich dat het eerste uitgangspunt (geen kritiek) een belangrijke randvoorwaarde vormt voor het realiseren van het tweede uitgangspunt (kwantiteit). Hieronder wordt uiteengezet hoe getracht is de op het genereren van kwantiteit gerichte doelstelling te realiseren.

De vragenlijst die aan de geïnterviewden is voorgelegd vormt de kern van de interviews. Het was uitdrukkelijk niet de bedoeling de geïnterviewden te bevragen over wetswijzigingen die volgens de onderzoekers of de literatuur mogelijk geschikt zijn om eventuele knelpunten te verbeteren. De achterliggende gedachte was veeleer om door de geïnterviewden zelf gegenereerde ideeën boven tafel te krijgen. Om die reden gaat relatief weinig sturing uit van de vraagstelling. De geïnterviewde wordt uitgenodigd alle (materieelrechtelijke) knelpunten die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden op tafel te leggen. De beperking zit in de focus op het materiële recht en de oplossing via wetgeving. De voorzichtige formulering van de vraag ('verbeterd zouden kunnen worden') nodigt ook uit tot het delen van ideeën waarvan de geïnterviewde niet of niet geheel van de effectiviteit overtuigd is. Dit is in lijn met de doelstelling een grote hoeveelheid suggesties te genereren.

In de inleiding van de vragenlijst wordt de geïnterviewde erop gewezen dat aan alle vragen in wezen dezelfde hoofdvraag ten grondslag ligt: ziet de geïnterviewde aanleiding voor wijziging van de zedentitel? Van belang daarbij is dat de vragen gericht zijn op het achterhalen van de *persoonlijke opvatting* van de geïnterviewde. De geïnterviewde is uitdrukkelijk niet geïnterviewd in de hoedanigheid van spreekbuis van de organisatie waartoe hij of zij behoort.[24] Zoals gezegd is de anonieme weergave van de interviews met de vijftien in de rechtspraktijk werkzame geïnterviewden reeds in een voorstadium aan hen gecommuniceerd. Deze werkwijze stoelt op het uitgangspunt

---

[23] Zie Osborn 1979, p. 124-138 over 'deferment of judgment' en 'quantity breeds quality'.

[24] Dat geldt uiteraard niet voor het interview met Corinne Dettmeijer-Vermeulen, die is geïnterviewd in haar hoedanigheid van Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen.

dat de geïnterviewden zich aldus zo weinig mogelijk geremd zouden voelen in het delen van hun persoonlijke opvattingen over de dikwijls precair geachte thema's seks, zeden en het strafrecht.

De wijze waarop de interviewer zich tijdens de interviews heeft opgesteld heeft ook een bijdrage geleverd aan het genereren van ideeën. In de praktijk bleek dat geïnterviewden vaak vervielen in uiteenzettingen over hoe lastig een bepaald wetsartikel of een aspect daarvan in de praktijk was. De interviewer heeft zich zeer actief opgesteld door continu de vraag op tafel te leggen of de geschetste problematiek opgelost kan worden door middel van wijziging van de wet. In veel gevallen leidde dat tot het antwoord dat het moeilijk door wetgeving oplosbaar was of dat de Hoge Raad via interpretatie uitsluitsel zou moeten bieden. In een behoorlijk groot aantal gevallen noopte de vraag de geïnterviewde echter ook tot een associatief denkproces waarbij ter plekke een nieuw idee voor wetswijziging werd gegenereerd. Het verder uitwerken van en doordenken over dergelijke ideeën is door de interviewer actief gestimuleerd. Kritische vragen in de trant van 'is dit idee wel in overeenstemming met internationale verplichtingen?' zijn daarbij vanzelfsprekend vermeden.

Bij het verwerken van de interviews is ernaar gestreefd om alle opvattingen die redelijkerwijs kunnen worden geïnterpreteerd als een voorstel tot wetswijziging van het materiële recht in verband met de zedentitel in het rapport op te nemen. Als in eerste instantie twijfel bestond of aan dat criterium voldaan was, dan is grote moeite betracht de opvatting in kwestie nader te duiden. In een aantal gevallen kon de twijfel weg worden genomen door acht te slaan op literatuur, jurisprudentie, andere passages van de geïnterviewde of het naluisteren van de geluidsopname. Daarnaast heeft regelmatig overleg tussen de onderzoekers plaatsgevonden over het duiden van bepaalde opvattingen. Het verdient opmerking dat meer moeite is geïnvesteerd in het nader duiden van een opvatting indien het een niet eveneens door anderen verdedigde suggestie betrof.

Bij de beslissing suggesties tot wetswijziging al dan niet op te nemen is een minimale kritische toets gehanteerd. Het feit dat een bepaalde suggestie (mogelijk) strijdig was met internationale verplichtingen vormde bijvoorbeeld geen reden de suggestie niet op te nemen. Het feit dat geen of minder sterke argumenten werden opgevoerd voor een suggestie was evenmin reden de suggestie buiten beschouwing te laten. Ten slotte is niet als eis gesteld dat door een en dezelfde geïnterviewde aangedragen suggesties alle dezelfde richting uitwijzen. Het kan zich dus voordoen dat één geïnterviewde diverse, onderling strijdige ideeën aandraagt. De belangrijkste reden een materieelrechtelijke suggestie niet op te nemen was indien de suggestie was gebaseerd op een evident onjuiste lezing van een bepaling. In dat geval is moeilijk voorstelbaar dat de suggestie een bijdrage zou kunnen leveren aan enig huidig of toekomstig debat.

Als een opvatting voor opneming in aanmerking kwam, dan is er vervolgens naar gestreefd de opvatting zo te presenteren dat de kennelijke bedoeling zo goed mogelijk voor het voetlicht zou komen. Dat is in de eerste plaats

geschied door de fragmenten zo te selecteren en aan te passen dat de informatie zich zo goed mogelijk in dat kader laat duiden. Daarnaast geldt dat de opgestelde suggesties en eventuele informatie-eenheden aanwijzingen voor de lezer bevatten over hoe een fragment verstaan zou kunnen worden. Zoals boven reeds is uiteengezet, is de suggestie soms echter gebaseerd op meer informatie dan het fragment dat eronder geplaatst is.

Bij het omzetten van de opvattingen van de geïnterviewden in suggesties voor de wetgever is gekozen voor een bijzonder voorzichtige formulering. De suggesties zijn in de regel geformuleerd op basis van het volgende stramien: 'overwogen zou kunnen worden…' Daar ligt onder meer de gedachte aan ten grondslag dat geïnterviewden zich gemakkelijker zullen kunnen vinden in een dergelijke voorzichtige weergave van hun opvattingen. Dat verkleint de kans dat suggesties die de moeite waard zijn niet in de wetgevingsdiscussie meegenomen kunnen worden, enkel omdat een geïnterviewde zelf zich niet in voldoende mate achter de suggestie zou scharen. Deze wijze van formuleren heeft tevens als belangrijk voordeel dat het beter mogelijk is verschillende personen onder een en dezelfde suggestie te plaatsen. Een persoon die art. *x* Sr zeker uit de wet wil verwijderen en een persoon die enkel meent dat de wetgever eens zou kunnen gaan nadenken of het aanbeveling verdient art. *x* Sr te behouden, kunnen aldus beide onder dezelfde suggestie worden geplaatst.

Uit het bovenstaande komt naar voren dat de interviewvragen, de randvoorwaarden van het interview, de wijze van interviewen, de verwerking van de antwoorden en de presentatie van de opvattingen alle in het teken stonden van de doelstelling een grote hoeveelheid suggesties voor de wetgever te genereren. In totaal zijn in dit hoofdstuk 195 suggesties opgenomen die samenhangen met het al dan niet wijzigen van de wet. Vijf suggesties zijn enkel gebaseerd op uit het documentenonderzoek gedestilleerde opvattingen. Dat betekent dat de interviews tezamen 190 suggesties hebben opgeleverd. Daaruit kan volgen dat de doelstelling een grote hoeveelheid suggesties te genereren ruimschoots is behaald.

3.1.2.5 Belang en beperkingen van de resultaten

Het is de vraag welke waarde kan worden toegekend aan de resultaten van dit onderzoek. Het is om te beginnen van belang iets te zeggen over datgene wat *niet* zichtbaar is in dit verslag van de interviews. De totale omvang van de in dit hoofdstuk opgenomen interviewfragmenten (behoudens herhalingen) is iets minder dan één derde van de totale omvang van de verbatim uitgewerkte van de geïnterviewden afkomstige tekst. Dat betekent dat meer dan twee derde van de interviews niet is terug te vinden in dit verslag. Dat roept de vraag op of in deze niet-opgenomen passages suggesties voor wetswijziging te vinden zijn die niet in het rapport zijn terechtgekomen. Eerder is uiteengezet dat er bij de verwerking naar is gestreefd alle opvattingen die redelijkerwijs kunnen worden geïnterpreteerd als een voorstel tot wetswijziging van het materiële recht in verband met de zedentitel in het rapport op te

nemen. Bovendien is grote moeite gedaan om bij twijfel of aan dit soepele selectiecriterium was voldaan te onderzoeken of bij nadere beschouwing toch aan het criterium was voldaan. Het ruime selectiecriterium en de gehanteerde verwerkingsprocedure rechtvaardigen de verwachting dat weinig of geen evidente suggesties tot wetswijziging buiten de boot zijn gevallen.[25]

Zojuist is aangegeven dat bij de beslissing om suggesties tot wetswijziging op te nemen slechts een minimale kritische toets is gehanteerd. De beoordeling van de kwaliteit van de suggesties wordt aan de lezer overgelaten. Bij de beoordeling is uiteraard van belang acht te slaan op de argumentatie die ten grondslag is gelegd aan de suggesties in kwestie. Bij het selecteren van de onder de suggesties geplaatste fragmenten is ernaar gestreefd om de door de geïnterviewden gebezigde argumentatie op te nemen. A contrario volgt daaruit dat een geïnterviewde in beginsel geen noemenswaardige argumentatie heeft geboden als daarvan niet blijkt uit het fragment in kwestie.[26]

Circa 75 procent van de aan de hand van de interviews opgestelde suggesties is uniek, in die zin dat de suggestie slechts door één geïnterviewde wordt onderschreven. De meerderheid van de door meer personen onderschreven suggesties wordt door slechts enkele geïnterviewden onderschreven. Er is slechts een klein aantal suggesties waarachter de meerderheid van geïnterviewden zich hebben geschaard. Bij de door meer dan één bron onderschreven suggesties passen bovendien twee relativerende opmerkingen, zoals in de beknopte uiteenzetting van dit hoofdstuk reeds is aangestipt. Ten eerste komt het voor dat de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen of Renée Kool de rol heeft van zowel geïnterviewde als auteur. Dit is bij de tekstfragmenten geëxpliciteerd. Ten tweede is in het documentenonderzoek tevens acht geslagen op een door drie officieren van justitie geschreven notitie waarin voorstellen voor verbetering van de zedenparagraaf zijn gedaan.[27] Eén of meer van de bij het openbaar ministerie werkzame geïnterviewden hebben meegewerkt aan de notitie en de notitie was bekend bij de overige bij het openbaar ministerie werkzame geïnterviewden.[28] Indien suggesties worden toegeschreven aan zowel de notitie als aan een of meer leden van het openbaar ministerie dient derhalve rekening gehouden te worden met de omstandigheid dat sprake is van overlap dan wel van kruisbestuiving van bronnen.[29]

De aan de vijftien in de rechtspraktijk werkzame juristen toegeschreven suggesties kunnen niet worden geëxtrapoleerd naar de specifieke beroeps-

25 Afgezien van suggesties die gebaseerd zijn op een evident onjuiste lezing van een bepaling. Zoals reeds eerder vermeld, zijn dergelijke suggesties niet opgenomen.

26 Dat geldt in mindere mate voor gevallen waarbij een suggestie door meerdere geïnterviewden is onderschreven. In dergelijke gevallen is er soms voor gekozen om vergelijkbare argumentatie niet te herhalen.

27 Zie Notitie OM 2014, opgenomen als bijlage 3.

28 Nadere specificatie wordt achterwege gelaten om de anonimiteit van de geïnterviewden zo goed mogelijk te waarborgen.

29 Zie bijvoorbeeld suggestie #105, onderschreven door Notitie OM 2014, O1, O2, O3, O4, O5, R2 en NRM.

groep waaruit ze afkomstig zijn. In de eerste plaats geldt dat de meeste geïnterviewden zich onderscheiden van hun beroepsgenoten door een bijzondere interesse in en een grote kennis over de zedentitel. Dat betekent dat geen sprake is van een aselecte steekproef. In de tweede plaats is het aantal geïnterviewden per beroepsgroep veel te klein om betrouwbare conclusies te kunnen trekken met betrekking tot de beroepsgroep in kwestie. Ten slotte is van belang dat de antwoorden zijn gegeven naar aanleiding van open vragen. Uit het feit dat *x* procent van de geïnterviewden zich achter een bepaalde suggestie schaart, kan derhalve niet a contrario worden afgeleid dat 100 – *x* procent van de geïnterviewden (of de populatie waaruit ze afkomstig zijn) de suggestie *niet* zou onderschrijven.

Zoals reeds eerder is vermeld, wordt circa drie kwart van de uit de interviews afkomstige suggesties slechts onderschreven door een van de zeventien geïnterviewden. Daaruit volgt dat niet te verwachten valt dat het aantal suggesties dat in dit onderzoek zijn komen bovendrijven in de buurt komt van het aantal suggesties dat zou blijken uit een grootschaliger opgezet onderzoek. Dat betekent dat het interviewen van andere deskundigen op het terrein van het zedenrecht waarschijnlijk een substantiële hoeveelheid nieuwe suggesties zou opleveren. Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling de blik niet te laten begrenzen door de uit de interviews en documenten afkomstige suggesties.

Daarmee is uiteraard niet gezegd dat de resultaten van de interviews een wankele basis vormen voor een discussie over het al dan niet herzien van de zedentitel. De belangrijkste bijdrage van de interviews zou wel eens gelegen kunnen zijn in het identificeren van de ervaren knelpunten. De suggesties moeten gezien worden als oplossingen voor niet altijd door de geïnterviewden geëxpliciteerde knelpunten. Het gaat daarbij in de regel om complexiteit van de bepaling, onduidelijkheid van de bepaling, een te beperkt of te ruim bereik van de bepaling of het ontbreken van samenhang in een bepaling of tussen bepalingen. Gehoopt mag worden dat in elk geval de belangrijkste knelpunten van de zedentitel zijn geïdentificeerd door de zeventien geïnterviewden. De door de geïnterviewden aangedragen oplossingen voor deze knelpunten vormen een rijke inspiratiebron bij de gedachtevorming over een eventuele herziening.

3.1.3 Literatuur

3.1.3.1 Tijdvak 1999 – heden

Voor de inventarisatie in dit hoofdstuk is tevens gekeken naar herzieningssuggesties in de juridische literatuur die vanaf 1999 is verschenen. Aldus wordt vijftien jaar teruggekeken, berekend vanaf de start van het onderzoekstraject in 2014. De reden dat documenten van eerdere datum niet zijn meegenomen, houdt primair verband met de hoeveelheid beschikbare documentatie (sinds 1886) in relatie tot de beschikbare onderzoekstijd. Daarbij komt dat juist de afgelopen vijftien jaar veel wijzigingen in de zedentitel zijn

aangebracht. De beperking tot het genoemde tijdvak wordt tegen die achtergrond mede gebaseerd op de vooronderstelling dat het gaat om het meest relevante tijdvak. Ten slotte verdient vermelding dat de tijdsbeperking alleen betrekking heeft op de inventarisatie van herzieningssuggesties en de verslaglegging daarvan. Buiten het kader van deze inventarisatie (zoals in hoofdstuk 2) worden ook bronnen van vóór 1999 relevant geacht.

3.1.3.2 OM Notitie 2014

Zoals in paragraaf 1.3.3 al voor het voetlicht is gebracht, is het van belang te benadrukken dat in dit kader tevens is gelet op een document dat ons is aangeboden door het college van procureurs-generaal van het openbaar ministerie. Dit document is geschreven door drie (zeden)officieren van justitie en bevat een aantal concrete herzieningssuggesties voor de zedentitel, met bijbehorende motivering. Deze wetgevingsnotitie is opgenomen in bijlage 3. Zoals hiervoor al kort werd aangestipt, behoorden de auteurs van de notitie tevens tot de groep geïnterviewden. Daardoor dient de lezer erop bedacht te zijn dat de notitie niet zonder meer kan worden beschouwd als zelfstandige bron naast de interviews, voor zover daarbij ook opvattingen van geïnterviewde officieren van justitie bij betrokken zijn. Voor de overige bijzonderheden van de wetgevingsnotitie zij verwezen naar paragraaf 1.3.3.

3.2 Seksuele delicten tegen jeugdigen

3.2.1 Kinderpornografie (art. 240b Sr)

Artikel 240b Sr

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

Seksuele gedraging

#1 Overwogen zou kunnen worden de term 'seksuele gedraging' in art. 240b Sr te vervangen door een term die buiten twijfel stelt dat feitelijkheden zoals poseren of heimelijk filmen van een douchend persoon onder de bepaling vallen. (O1)

- De term ‘seksuele gedraging’ levert te veel discussie op in de rechtspraktijk. (O1)

Officier 1
Eventueel knelpunt zou kunnen zijn de seksuele gedraging op zich. Daar is nog wel eens discussie over op zitting. In hoeverre een bepaalde afbeelding nu wel of niet een seksuele gedraging laat zien. De verdediging wil nog wel eens aanvoeren dat het gewoon slechts poseren geen seksuele gedraging is. Zeker niet als dat ook deels gekleed of schaars gekleed is. Terwijl dat door het OM ook vaak wordt gezien als een reeks van afbeeldingen waar dit enkele afbeeldingen van zijn en waar de rest verdergaand is, zodat ook die deels geklede of schaars geklede afbeeldingen daar wel onder vallen. Ik moet erbij zeggen dat ik er niet in iedere zaak waar een 240b tenlastelegging speelt problemen mee heb, maar ik heb het wel eens een keer gehad. En met name ook nog eens de discussie of het poseren als kunst te betitelen valt. En dan niet virtueel, maar gewoon echt: een kunstfotograaf die haar eigen kinderen had gefotografeerd, naakt of schaars gekleed. En dat je daar een hele discussie over krijgt op zitting. Waar overigens de rechtbank voor een klein deel ook nog eens in is meegegaan. Dan krijg je niet het totaal aantal afbeeldingen bewezen verklaard, maar een groot aantal of een aantal, een hoeveelheid. De term ‘seksuele gedraging’ suggereert dat er een activiteit moet plaatsvinden of handelingen. Maar dat is niet altijd zo.

Een ander voorbeeld is als er heimelijk gefilmd wordt, bijvoorbeeld in een kleedkamer van een voetbalvereniging. Die opnames zijn opnames van minderjarigen, in ieder geval onder de achttien, meestal dan naakt. Daar kan je je ook van afvragen of dat dan een seksuele gedraging is. Het is natuurlijk iets wat gewoon deel uitmaakt van het dagelijks ritueel; als je gesport hebt, ga je douchen. Uiteindelijk maakt de leeftijd het dat het kinderpornografische afbeeldingen zijn, als ze natuurlijk bewaard zijn en in bezit zijn aangetroffen. Maar dan is het wat mij betreft niet echt een seksuele gedraging. In de praktijk valt het er uiteindelijk meestal wel onder, maar het levert heel veel discussie op.

#2 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dan wel van een zodanige toelichting te voorzien dat duidelijk tot uitdrukking wordt gebracht dat alleen evident seksuele gedragingen onder de bepaling vallen. (A4)

- Sommige feitenrechters leggen de term ‘seksuele gedraging’ te ruim uit. (A4)

- Er is grote onduidelijkheid en rechtsongelijkheid met betrekking tot de uitleg van de term ‘seksuele gedraging’. (A4)

- De onduidelijkheid met betrekking tot de uitleg van de term 'seksuele gedraging' is onaanvaardbaar in het kader van de rechtszekerheid. (A4)

Advocaat 4
Ik ben me bewust van de moeilijkheid om termen te vinden die een betere afbakening opleveren dan de huidige termen. Waar ik apert een probleem mee heb, is de term 'seksuele gedraging' en de wijze waarop die wordt uitgelegd. Daar is enorm veel onduidelijkheid over; dat is een enorm grijs gebied. En dan hebben we het met name over foto's van poserende mensen of gewoon eigenlijk enkele naaktfoto's. Er is natuurlijk helemaal geen twijfel over de vraag of foto's waar een duidelijke seksuele gedraging in te zien is of seks te zien is onder kinderporno valt als het een minderjarige is. Maar zodra het gaat om enkele blootfoto's, dan kun je daarvoor in Groningen veroordeeld worden en in Maastricht worden vrijgesproken. De wijze waarop het door de Hoge Raad wordt uitgelegd is niet heel erg eenduidig. 'Kennelijke strekking tot seksuele prikkeling' is een enorm subjectief gegeven.

Er is vandaag ook weer een uitspraak over een vader die naaktfoto's van zijn tienjarige kind heeft genomen. Dat wordt dan door de rechtbank Gelderland als kinderporno aangezien en ik kan het u op een briefje geven dat het in Den Haag anders wordt beslist.[30] En de verstrekkendheid van een veroordeling voor een dergelijk delict, zeker een zedendelict met jeugdigen, dat gaat zo ver, dat is zo ingrijpend. Dat levert onzekerheid op en die onzekerheid is onaanvaardbaar gelet op de diepe, ingrijpende consequenties van een veroordeling voor een zedendelict tegen jeugdigen in deze tijd. Ik zou graag zien dat dat duidelijker zou worden en dat het daadwerkelijk een 'seksuele gedraging' zou worden, hoewel dat er ook al redelijk staat. Maar de uitleg daarvan is dat ook enkel naakt en dan zelfs ook nog halfnaakt wel ook door de rechter wordt gezien als kinderporno. Daar is veel onzekerheid over. Ik heb nog niet zo ver doorgedacht dat ik denk van 'nou dat is een betere term'. Maar ik vind dat hier nu te veel onder valt wat er niet onder zou moeten vallen, dus die enkele naaktfoto's.

Ik heb ook een zaak onder mij van twee mannen die een soort van pleegkind hebben. Die nemen ze mee naar het strand en daar hebben ze dan foto's van genomen in een volstrekt natuurlijke omgeving en die worden daar wel voor vervolgd. En dan is ook weer de praktijk vervelend, namelijk dat zo'n kinderpornozaak gemiddeld drie jaar duurt voordat het bij de rechter komt. Dat is een ramp! Dat is echt een totale ramp. Gedurende die drie jaar ben je al je computers kwijt, je camera's kwijt. Nou wat heb je na drie jaar nog aan je computer? Helemaal niks, want je hebt in die tijd echt wel een nieuwe gekocht. En dan maar hopen dat na drie jaar eindelijk eens een officier ofwel de zaak seponeert (het liefst) of hem voorbrengt en dan vanuit het idee van

---

30 Het betreft Rb. Gelderland 23 mei 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3461. In hoger beroep is de verdachte vrijgesproken (Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2434).

'ja, is dit kinderporno?' Ik vind dat er veel meer nadruk moet worden gelegd, inderdaad, op de term 'seksuele gedraging' en dat het niet zou moeten gaan om normale blootfoto's, zoals die zaak van de rechtbank Gelderland van vandaag. Ik heb daar buitengewoon veel moeite mee. Ik ken het dossier niet, maar dat dát hier onder zou vallen! En nogmaals, het is mijn stellige overtuiging dat dat in een andere rechtbank een andere uitspraak, vrijspraak met zich mee zou brengen.

Bij het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2010 daar heeft de Advocaat-Generaal Knigge, als ik het me goed herinner, 82 pagina's nodig om tot een conclusie te komen over wel of niet kinderporno.[31] Dat is toch niet te doen? Dat is toch volkomen krankzinnig. Dat mensen, dus gewoon normale burgers, moeten uitmaken of dit een foto is… Met name met downloaden; dat is natuurlijk het meest gevaarlijke. Als je dol bent op vrouwenporno, en dan hebben we het even over gewoon meerderjarigen, dan kunnen daar ook wel foto's bij staan van vrouwen die net onder de achttien zijn. En dan moeten zij maar kunnen opmaken of dat kinderporno is? Daar waar rechters elkaar tegenspreken, daar waar een Advocaat-Generaal, een professor, d'r 82 pagina's voor nodig heeft om tot die conclusie te komen. Dat heeft niks met rechtszekerheid te maken.

#3 Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 248c Sr, hetgeen betrekking heeft op 'ontuchtige handelingen' en anderzijds art. 240b Sr, hetgeen betrekking heeft op 'een seksuele gedraging', te herzien. Het verdient daarbij aanbeveling te opteren voor de term 'een seksuele gedraging'. (NRM; Machielse) (zie #3H)

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (naar aanleiding van art. 248c Sr)
Hier zien we ook weer verschillen, bijvoorbeeld in 240b gaat het om afbeeldingen van seksuele gedragingen, in 248c gaat het om afbeeldingen van ontuchtige handelingen. Daar zou je je van kunnen afvragen of dat niet gelijkgetrokken zou kunnen worden. Art. 248c heeft dan dus eigenlijk een hogere lat: een ontuchtige handeling is hoger dan een seksuele handeling. Ik zou dat gelijktrekken en de lagere lat, de seksuele gedraging, nemen, maar in ieder geval gelijktrekken. En datzelfde geldt eigenlijk voor de objectivering van de leeftijd, die is in 240b heel helder en in 248c weer niet. En ik weet niet wat daar de reden voor is. Ik zie daar geen goede reden voor. Ik begrijp wel dat dat moeilijk is. Want dit gaat dan over een seksshow, dat legt dan ook een hogere verantwoordelijkheid op degene die dit organiseert, dat die maar moet zorgen dat diegenen die daar zijn boven de achttien zijn.

[31] Het gaat om de conclusie voor HR 7 december 2010, *NJ* 2011/81, m.nt. Schalken.

Machielse (naar aanleiding van art. 248c Sr; document)[32]
'Overigens had het wel voor de hand gelegen, gelet op de verwantschap der bepalingen, meer aan te sluiten bij art. 240b Sr. Te denken is aan een formulering die strafbaar stelt het aanwezig zijn bij het vertonen van afbeeldingen van seksuele gedragingen, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken.

Aldus ondervangt men ook het bezwaar dat de reikwijdte van art. 248c Sr te beperkt is omdat de wetgever nu eenmaal heeft bedoeld deze strafbepaling te reserveren voor diegenen die bij het tonen van afbeeldingen van ontuchtige handelingen door een persoon jonger dan 18 jaar aan zichzelf verricht aanwezig zijn. Die door de wetgever beoogde beperking brengt met zich dat alleen de toeschouwer die aanwezig is bij het tonen van zo'n afbeelding strafbaar is en niet de toeschouwer die kijkt naar een film waarbij behalve de jeugdige ook nog anderen deelnemen aan de ontucht.'

Virtuele kinderpornografie

#4 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dan wel van een zodanige toelichting te voorzien dat ook niet-realistische afbeeldingen die bedoeld zijn om als kinderpornografie te dienen onder de bepaling vallen. (O5)

- De wetgever moet duidelijkheid scheppen, want er is geen overeenstemming in de rechtspraak over wat onder virtuele kinderpornografie valt. (O5)

- De wetsgeschiedenis over virtuele kinderpornografie is onduidelijk en geeft blijk van een verouderde en te beperkte visie met betrekking tot de strafwaardigheid van virtuele kinderpornografie. (O5)

- Niet-realistische afbeeldingen met een kinderpornografisch oogmerk kunnen bijzonder naar en grimmig van aard zijn. (O5)

- De wetgever moet de beschermingsgedachte van virtuele kinderpornografie duidelijk uiteenzetten. (O5)

Officier 5
Virtuele kinderporno is ook een heikel thema. Het gaat dan om 'schijnbaar betrokken'. Als je de parlementaire geschiedenis daar op na leest, zit er veel spanning tussen de verschillende opmerkingen van de ministers. Want er is heel veel discussie geweest destijds, van 'gaan we dan geen gedachtenpolitie invoeren en fantasieën strafbaar stellen en vallen tekeningen er dan ook onder?' Virtuele kinderporno was, zeker in die tijd, nog heel amateuristisch allemaal. Het ging om knip- en plakwerk, zeg maar fotoshoppen. Dus het ma-

32 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 248c Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

ken van pornobeelden met kinderhoofdjes of kinderlichaampjes. Of computeranimaties, maar die waren op dat moment echt van niveau *second life*; van die poppetjes waarbij je van een kilometer afstand kan zien dat het niet echt is.

Ondertussen zitten we op virtuele kinderpornografie waarbij je echt met veel techniek er boven moet hangen om te kijken of het virtueel is of niet. Daarnaast hebben we algemene software, welke gewoon op internet te verkrijgen is, waarmee je een soort waasje over echte kinderporno kan trekken waardoor het net lijkt of het virtueel is. Maar dat is wel degelijk echt misbruik van kinderen. En er zijn allerlei varianten daartussen. Het knip- en plakwerk, het fotoshopwerk is ook niet meer van echt te onderscheiden. Je ziet een heel klein beetje een lijn komen, maar de rechters worstelen er mee omdat nergens duidelijk staat wanneer is virtueel nu strafbaar en wanneer nu niet. En de ministers hebben achter elkaar allerlei termen gebruikt als ‘levensecht’, ‘niet van echt te onderscheiden’, ‘realistisch’, ‘niet realistisch’, het is maar net hoe mensen het uitleggen. En, er zijn hele verschillende uitspraken.

Je ziet dat sommige rechters heel erg hangen aan wat er in de jaren 80 en 90 in de Kamer is gezegd: het moet niet van echt te onderscheiden zijn. Van de meeste computeranimaties zie je wel dat ze niet echt zijn. Dat is een minderheid van de rechters. En de meerderheid zit meer op ‘nee, het gaat om het realistische gehalte’ en die kijken heel erg naar ‘zijn het stripachtige figuren?’ Je hebt vaak een beetje van die Manga-achtige virtuele kinderporno met grote ogen, heel zoet allemaal. Nou dat is niet strafbaar, maar zodra er toch realistische elementen in zitten zoals spiermassa of gezichtsuitdrukkingen, terwijl je verder ziet dat het niet echt is, vinden ze het toch strafbaar. Want je ziet dat de rechters opschuiven, omdat ze zeggen: ‘dit moet gewoon niet kunnen’. Virtuele kinderporno is echt heel naar. Het is extreem gewelddadig, want alle fantasieën die pedoseksuelen hebben kan je daar op uitleven. Dus ook heel veel situaties die in het echte leven helemaal niet kunnen, met monsters en apparaten en je kan het zo idioot niet bedenken. Het is hele nare, grimmige kinderpornografie. Dus de meeste rechters die het onder ogen krijgen denken: ‘dit kan echt de samenleving niet in, dit kan die man niet terugkrijgen, dit is echt heel naar’. Maar ja, daar zit je met je parlementaire geschiedenis met wat vage noties over levensecht en zo. Dus dan zeggen ze: ‘het is realistisch, het valt onder de beschermingsgedachte, dus ik vind het strafbaar’. Maar het is super casuïstisch en dat weet ik omdat ik al het virtuele kinderpornomateriaal heb verzameld waarover rechtbanken uitspraken hebben gedaan. Maar als je Rechtspraak.nl erop naslaat, dan kom je al die termen tegen. Dan zegt een rechter van: ‘ik vind het niet strafbaar want het is duidelijk dat het een computeranimatie is’. Maar ja, wat is het niveau van het materiaal? Dat kan je dus niet zien aan de vonnissen, dus kunnen rechters ook niet bij elkaar kijken wat nu de lijn is.

Het gaat erom dat het bedoeld is om als kinderporno te dienen. Ik denk dat het heel moeilijk is om dat te beschrijven. Maar wat fijn zou zijn is als de wetgever de beschermingsgedachte van virtuele kinderporno duidelijk maakt. Dat hij duidelijk maakt wat wij niet in de samenleving terug willen

hebben. Zonder dat je een discussie moet aangaan over of er wel of geen spiermassa te zien is en of er wel of geen monsters te zien zijn en dat iedereen wel kan weten dat die monsters niet echt bestaan. Daar moet je een beetje buiten blijven. Ik denk dat dat heel duidelijk moet worden aangegeven. Ik snap wat mensen niet strafbaar willen hebben. Dat zijn de pornostrips van Suske en Wiske bijvoorbeeld. Dat is zo duidelijk komisch bedoeld. Dat is niet bedoeld om seksueel prikkelend te werken voor mensen die daar gevoelig voor zijn.

De achterliggende gedachte moet duidelijk zijn, denk ik. Dat is mijn interpretatie als ik dat zo allemaal lees en kijk waar er wel of niet voor veroordeeld is. Ik heb zelf hier in *x* ook een proefproces gedaan met virtuele kinderporno en toen had ik een verdachte met heel veel materiaal. Toen heb ik 80 verschillende soorten en gradaties aan de rechtbank voorgelegd en over alles een aparte uitspraak gevraagd. Dus toen had ik, in ieder geval voor X, een vrij duidelijk beeld. Dus ik kan daar wel ongeveer uit afleiden waar de grens ongeveer ligt bij de rechters. Maar dat zou in woorden duidelijk gemaakt moeten worden, zodat de rechters iets meer een toetsingskader hebben, behalve alleen maar: 'het moet wel of niet realistisch zijn'. Maar meer 'wat voor een spul willen we niet in de samenleving hebben en wat valt onder fantasie?', want dat moet natuurlijk nog wel gewoon kunnen. Dat zou wel heel fijn zijn, want wat we nu eigenlijk doen is virtueel materiaal niet vervolgen, omdat we niet weten wat de uitkomst er van is. En dat je over het algemeen – ik heb nog niet iemand gezien die alleen virtueel materiaal heeft – altijd genoeg materiaal hebt om iemand op te vervolgen. Ergens is het jammer dat we er niks mee doen, want zo komt er dus ook geen duidelijkheid. En ondertussen wordt dat materiaal steeds echter en enger, dus dat zou wel fijn zijn als daar iets over komt.

#5 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dat virtuele kinderpornografie niet meer onder het bereik van de bepaling valt. (A4; R1; R3) (zie #6)

- Het is denkbaar dat virtuele kinderpornografie een uitlaatklep biedt aan mensen met pedoseksuele gevoelens, hetgeen er uiteindelijk toe kan leiden dat de seksuele behoefte niet botgevierd wordt op echte minderjarigen. (R1)

- Het is denkbaar dat virtuele kinderpornografie een uitlaatklep biedt aan mensen met pedoseksuele gevoelens, hetgeen ervoor kan zorgen dat minder behoefte bestaat aan echte kinderpornografie. (R3)

- Door virtuele kinderpornografie wordt geen schade toegebracht aan echte kinderen. (A3; R3)

- Het is de vraag of virtuele kinderpornografie als opstapje dient naar echte kinderpornografie. Voor zover dat wel het geval is, is de vraag

of strafbaarheid van virtuele kinderpornografie een bijdrage aan preventie levert. (R3)

- Het onzedelijke karakter van kinderpornografie vormt geen valide argument voor strafbaarstelling. (R3)

#6 Contra. Virtuele kinderpornografie dient opgenomen te blijven in het Wetboek van Strafrecht. (NRM) (zie #5)

- Een argument voor de strafbaarheid van virtuele kinderpornografie is dat het gebruikt wordt om kinderen ervan te overtuigen dat seksueel contact tussen volwassenen en kinderen normaal is. (O3; NRM)

- Een argument tegen het uit het Wetboek van Strafrecht halen van virtuele kinderpornografie is dat het ernstige bewijsproblemen voor het Openbaar Ministerie kan opleveren als bewezen moet worden dat iets echt is. (NRM)

- Virtuele kinderpornografie maakt deel uit van een wereld die we niet willen. (NRM)

Advocaat 3
Die virtuele kinderporno is er natuurlijk ook ingekomen om geen discussies te krijgen over of het een echt kind is. Wij vinden het moreel verwerpelijk, maar er wordt geen kind door misbruikt. Dat soort vragen kun je bijna niet meer hardop stellen. Je maakt iets strafbaar waarbij je ook kunt denken van: ‘als iemand dat soort interesses heeft of dat in zijn geaardheid heeft, dan heb ik liever dat hij virtuele plaatjes bekijkt’. Je dringt mensen nog verder in een hoek en ik vind dat je ook over de negatieve kanten goed moet nadenken in ieder geval.

Advocaat 4
‘Schijnbaar betrokken’ in art. 240b; dat is de virtuele kinderporno. Het is een rampzalig idee geweest om dat als strafbaar feit in te voeren. Maar het is zo volstrekt vaag wat daar onder valt. We hebben er wel eens van die idiote discussies over gevoerd. Er ligt nu weer een zaak bij de Hoge Raad van mij over een man die knipte dan allemaal foto’s van hoofdjes van kinderen van een jaar of twaalf/tien. Die knipte hij en zette hij dan op andere foto’s van een volwassen vrouwenlichaam, naakt. En de vraag is dan of dat dan kinderporno is. Dan gaat het erom of het levensecht is. Ja, dan zegt de rechtbank Den Bosch: ‘vanuit het perspectief van het kind is dat levensecht’. Een andere rechtbank zegt weer: ‘je moet niet het kind als perspectief nemen maar een volwassene’. Dat is evident, maar dat zijn de discussies die daarover gevoerd worden. Ik vind het weer zo’n vage term. Er moet meer duidelijkheid over zijn, ook weer gelet op de verstrekkendheid van de gevolgen van een veroordeling daarvoor. Virtuele kinderporno zou er voor mij eigenlijk uit moeten. Het is volslagen onzin dat je dat strafbaar stelt.

Rechter 1
Je kunt ook zeggen: misschien is het goed dat je virtuele kinderporno maakt voor mensen die daar nu eenmaal niet zonder kunnen. Ik vind dat altijd lastig. Eigenlijk vind ik dat ik daar als rechter geen standpunt over moet hebben. Dat lijkt me nou iets voor een seksuoloog of een therapeut die zegt: 'nou, meneer of mevrouw heeft nu eenmaal die behoeftes. Dat leidt tot sublimatie. Het leidt tot gewenst gedrag, namelijk: normaal seksueel uiten naar meerderjarigen, al dan niet in kindertenue'.

Rechter 3
Wat mij betreft nog iets dat er uit zou mogen, maar dat is puur een persoonlijke norm: dat is de virtuele kinderporno. Ik zou me kunnen voorstellen dat virtuele kinderporno voor een bepaalde groep mensen in een behoefte voorziet, waardoor het misschien niet nodig is om echt een keer wat kinderporno op de markt te hebben. Als er toch zo nodig naar gezocht moet worden – en die behoefte die is er blijkbaar en die roei je ook niet uit denk ik – doe het dan maar met tekeningetjes. De strafbaarstelling van virtuele kinderporno staat preventie in de weg. Als je nou zou zeggen 'virtueel mag het wel', dan hoeft er misschien niet meer zo veel echte kinderporno te worden geproduceerd. Want de behoefte is er toch, denk ik. Je kan alles strafbaar gaan stellen, maar het gaat steeds meer ondergronds. Ik denk dat het materiaal met de huidige digitale mogelijkheden zo ontzettend echt is dat daarmee ook in die behoefte wordt voorzien voor een grote groep. Kijk de echte *perverts* zeg maar, die het er ook om gaat dat er daadwerkelijk een kind voor geleden heeft, die zullen daar waarschijnlijk nog steeds geen bevrediging uit halen, maar een hoop anderen waar fantasieën gevoed moeten worden misschien wel. Dat is één. Op de tweede plaats denk ik: er wordt geen feitelijke schade aan kinderen toegebracht daardoor. Dat vind ik een belangrijk argument.

Ik weet niet of er onderzoek naar is gedaan of virtuele kinderporno als een opstapje naar echte kinderporno wordt gebruikt en of dat altijd zo is. Volgens mij is er ook een hele grote groep waarbij het bij kijken blijft en waarbij het puur dient als fantasie of opwekking van lust voor zelfbevrediging en *that's it*. De categorie waar het als opstapje zou werken daarvan denk ik: 'ja, ban je dat nou uit door er een strafbaarstelling op te zetten of zouden die er sowieso wel aan toegekomen zijn?'

Het argument dat het strafbaar zou moeten zijn omdat het smerig is, zou voor mij geen reden zijn op zich. Nee, wat mensen verder uitspoken in hun eigen huis moeten ze zelf weten. Ik bedoel, ik ben vegetariër, ik vind eten van vlees vies, maar dat wil ook niet zeggen dat ik vind dat het verboden moet worden dat anderen vlees eten. Je moet niet te veel normen op gaan leggen wat dat betreft. En zeker dus als er feitelijk aan andere mensen geen schade wordt toegebracht.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Ik ben er geen voorstander van om de virtuele kinderpornografie uit het Wetboek van Strafrecht te halen. Het is een onderdeel van een heel systeem dat je niet moet willen. Het wordt ook vaak gebruikt om kinderen ervan te overtuigen dat het heel normaal is dat een volwassene met een klein kind van alles doet. Daarin ben ik het ook eens met het Openbaar Ministerie, dat ook die mening is toegedaan. Er zal op een gegeven moment weinig verschil te zien zijn. Hoe verder die techniek gaat, hoe moeilijker het is om echt van niet-echt te onderscheiden en als je dit dan hieruit haalt, dan zal je op een gegeven moment het probleem kunnen krijgen – dat is ook iets wat in Amerika gezien is – dat het Openbaar Ministerie moet bewijzen dat het echt is. Dat is heel erg lastig. Nu nog niet als het gaat om simpele voorstellingen waarvan duidelijk is dat het een animatie of iets in die geest is – dan kan dat nog wel – maar met de voortschrijding van de techniek en ook nu al zijn er situaties waar dat echt niet of nauwelijks van echt te onderscheiden is. En dan krijg je een bewijspositie voor het Openbaar Ministerie die eigenlijk niet te handhaven is. In Amerika is daar ook ervaring mee opgedaan. En mijn eerste argument, en dat heb ik ook in mijn eerste rapport over kinderpornografie geschreven, is in belangrijke mate dat het deel uitmaakt van een wereld die we niet willen.

Officier 3
De virtuele kinderporno is een heel erg lastig thema. Er is niet veel virtuele kinderporno die echt strafbaar is. De vraag is of dat heel erg is. Het idee is dat je niet wilt dat het 'normaal' wordt. Het wordt ook wel gebruikt om kinderen te prepareren voor misbruik.

Kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt

#7 Overwogen zou kunnen worden in art. 240b Sr buiten twijfel te stellen dat het ook gaat om iemand die er ouder dan achttien jaar uitziet, maar die deze leeftijd nog niet heeft bereikt. (Machielse)

#8 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dat de werkelijke leeftijd van de afgebeelde persoon maatgevend is voor de strafbaarheid. (A1; R1; R2)

#9 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt' in art. 240b Sr te koppelen aan een strafuitsluitingsgrond die behelst dat de strafbaarheid wordt uitgesloten indien de afgebeelde persoon zestien jaar of ouder is en daarmee heeft ingestemd. (A2) (zie #19)

#10 Overwogen zou kunnen worden een strafuitsluitingsgrond aan art. 240b Sr toe te voegen, waarin tot uitdrukking wordt ge-

bracht dat de strafbaarheid wordt uitgesloten als aannemelijk is (of wordt gemaakt) dat de afbeelding van de seksuele gedraging betrekking heeft op iemand van achttien jaar of ouder. (A4)

- Het maatgevend laten zijn van de werkelijke leeftijd doet recht aan de ratio van de bepaling, namelijk de bescherming van de minderjarige. (A1; A4)

- Het hanteren van een subjectieve leeftijdseis past bij de beschermingsgedachte van de wet, omdat het tonen van afbeeldingen van personen die jonger dan achttien jaar lijken te zijn andere mensen op verkeerde ideeën kan brengen. (A2)

- Het is bijzonder lastig vast te stellen of iemand 'kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt'. (A2; R2; R3)

- Een reden niet uit te gaan van de werkelijke leeftijd in art. 240b Sr is dat de leeftijd van de afgebeelde personen vaak niet is vast te stellen. (A4; R3)

Machielse (document)[33]
'De tekst van art. 240b Sr zoals die door de wetswijziging van Stb. 2002, 388 kwam te luiden, kan de gedachte doen postvatten dat kinderen die het uiterlijk van een volwassene hebben buiten de bescherming van deze bepaling vallen. Dat kan niet de bedoeling zijn geweest. Mijns inziens had men er verstandiger aan gedaan door de bijzin waarin het woord 'kennelijk' voorkomt als volgt te formuleren: 'waarbij iemand die de leeftijd van 18 jaar nog niet of kennelijk nog niet heeft bereikt, is betrokken (enz.)'.'

Advocaat 1
Of iemand ook daadwerkelijk jonger is dan achttien is niet zo relevant bij art. 240b Sr. Dat leidt in de praktijk toch tot gekke situaties, want in sommige gevallen is iemand ouder, maar ziet er jonger uit. Dan is het dus kinderporno. Maar andersom kan je ook redeneren, daar is rechtspraak van de rechtbank Alkmaar over, dat iemand jonger is maar er ouder uitziet. Dan heb je hetzelfde probleem. Terwijl de ratio juist bescherming van de minderjarige is. Dus ik zou zeggen op het moment dat iemand niet de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt, lijkt me dat doorslaggevend – of juist wel de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt – want de ratio wordt daarmee geen geweld aangedaan. Dus iemand die vijftien is, maar er uitziet als vijfentwintig die zou er wel onder moeten vallen. Daar zou je dan nog wel een strafmaatverweer op los kunnen laten. Maar iemand die vijfentwintig is, maar er uitziet als vijftien moet niet

33 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 240b Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 26 mei 2014).

onder de bepaling vallen. De ratio is namelijk bescherming van de minderjarige; ze hoeft niet beschermd te worden, dus ze valt er niet onder.

Advocaat 2
Waar ik ook moeite mee heb is 'waarbij iemand kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt'. We weten denk ik allemaal dat meisjes van die leeftijd erg moeilijk in te schatten zijn. Je hebt soms dertienjarigen die met een beetje pushup bh's en wat make-up met gemak doorgaan voor een vijfentwintigjarige en je hebt vijfentwintigjarigen die, als ze een beetje hun best doen nog doorgaan voor zestien. En ik vind het uitermate subjectief wat er dan gebeurt. Ik denk dat juristen er per definitie een hekel aan hebben om al te subjectief dingen op te nemen in de strafbedreiging. Aan de ene kant kan je zeggen: vanuit de beschermingsgedachte is het goed om te zeggen 'als iemand er uitziet als jonger dan achttien, dan is het strafbaar, ook al is de persoon ouder dan achttien'. Andere mensen worden misschien wel op het idee gebracht: 'het is kennelijk normaal om dat met zo'n jong meisje te filmen en te doen'. En dan kan je er wel weer lettertjes bijzetten in de trant van 'al onze actrices zijn achttien jaar of ouder', maar als ze er uitzien als veertien, dan geloven mensen dat niet. Dus er zit een – ten minste ik heb me dat ooit eens laten uitleggen door een politicus – beschermingsgedachte achter. Daarvan kan je denken 'dat is nobel', maar je kunt dan ook situaties krijgen waarin iemand seksuele opnames maakt van zijn vriendin van achttien of negentien waarvan hij weet 'die is negentien, dus ja, wat heb ik te vrezen'. Maar als een rechter dan laatst zegt: 'ja maar als ik er naar kijk, vind ik haar zestien', dan heb je wel een probleem. Ook omdat daar weer de vrijwilligheid er niet toe doet. En rechters zeggen dan, als je daarmee praat, 'daar houden wij rekening mee', maar in dat voorbeeld van die jongen van net, werd daar geen rekening mee gehouden. Die jongen heeft gewoon straf gekregen. Ik denk dan: maak er nou iets van dat dat tegen de zin van het slachtoffer moet zijn. Je zou natuurlijk kunnen zeggen: vanaf zestien bijvoorbeeld. Er zijn andere bepalingen in het strafwetboek waar zestien een rol speelt; sluit daar dan bij aan. Zeg dan: bij zestien jaar en ouder kijken we er iets anders naar; dan wordt doorslaggevend of het slachtoffer dit heeft gewild of niet. Ik denk dat je de leeftijd gewoon subjectief kunt houden als je maar die eis van 'het moet dan tegen de zin in' erin laat. Want als je zegt van 'subjectief jonger dan achttien, maar het is een meisje van negentien' en je hebt dan in de wet staan 'boven de zestien is doorslaggevend of de afgebeelde persoon haar medewerking heeft verleend of niet, of woorden van gelijke strekking', dan sluit je dat uit.

Advocaat 4
Het volgende punt ziet op 'kennelijk de leeftijd van achttien jaar'. Ook dat vind ik volslagen idioot. Dat iemand waarvan je aantoont dat die negentien jaar is, maar die er kennelijk jonger uitziet dan achttien jaar, dat je daar strafbaar voor bent. Dat is zo volstrekt in strijd met de bedoeling van de wet, namelijk: misbruik tegengaan van mensen die zich daar onvoldoende tegen kunnen instellen. De Hoge Raad heeft expliciet, op grond van de wetsgeschie-

denis, vastgesteld dat bewijs daarvoor niet relevant is. Dat als een verdachte aangeeft: ‘ik kan bewijzen dat die vrouw negentien was’. Dan zegt de Hoge Raad: ‘dat maakt niet uit; het gaat om kennelijk jonger dan’. Schiet mij maar helemaal lek. Dat heeft helemaal niks met de ratio van die strafbaarstelling te maken. Gek hè. Volslagen idioot. De bepaling zou betrekking moeten hebben op personen die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt.

Ik begreep het argument van de wetgever wel. Destijds heeft de wetgever gezegd: ‘het moet niet zo zijn dat het OM nou moet bewijzen dat de desbetreffende dame of vrouw jonger dan achttien is. Want als je dat bewijs niet kunt leveren, wat vaak het geval zal zijn, dan kun je niet tot een bewezenverklaring komen.’ Dat kan ik me voorstellen, maar dan moet er maar een bepaling bij komen in de vorm van een strafuitsluitingsgrond. Dat als je zelf aannemelijk kunt maken dat het hier gaat om iemand van ouder dan zeventien, dat je dan dus niet strafbaar bent. Hoe moeilijk is dat? Van belang is dat duidelijk wordt gemaakt dat tegenbewijs is toegelaten.

Rechter 1

Kijk je stelt regels en je beschermt bepaalde groepen. Als je een leuke *toy boy* uit Thailand laat komen, en die doe je een korte broek aan en je doet net of hij zeven is: ja, van mij mag je. Als hij maar eenentwintig is en het goed vindt. Mijn uitgangspunt is in die zin vrij liberaal. Nou, heel liberaal eigenlijk. Meerderjarigen. En de grens is waar je die grens legt: zestien of achttien. Maar er ligt een grens. Seksueel voldoende rijp zijn om je oordeel te kunnen vormen op een eerlijke manier, dus geen dwang, geen druk.

Rechter 2

Wat ik heel vervelend vind in dit artikel is ‘kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet bereikt hebben’ en de vraag is of je daar niet gewoon achttien jaar van moet maken, gewoon objectief achttien. Het bewijs moet nu namelijk vrijwel altijd komen van een deskundige, zo’n zedenpolitiemeneer die vertelt van ‘nou het is duidelijk iemand van onder de achttien’. En ik moet eerlijk zeggen, hoewel ik zelf ook kinderen heb van vijftien, zestien, kan ik niet zien of iemand kennelijk onder de achttien is of niet. Dat is heel erg lastig. En, dat is zo’n vaag begrip; het zou heel fijn zijn als dat gewijzigd wordt. Het moet gewoon gaan om de objectieve leeftijd.

Rechter 3

De discussie die wel vaak voorkomt bij dit punt is het ‘kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet bereikt hebben’. Hoe bewijs je dat? Daar is natuurlijk heel vaak verweer op. De kenmerken in de categorie zestien, zeventien jaar. Hoe weet je nou of iemand nog minderjarig was of niet? Ik weet niet goed hoe je dat zou moeten ondervangen, maar het is wel een punt dat heel vaak tot moeilijkheden leidt in de bewijsvoering natuurlijk. Het probleem met het aansluiten bij de werkelijke leeftijd is dat je dat vaak natuurlijk niet weet. Met plaatjes die circuleren op het internet waarvan je niet weet wie dat kind is met een geboortedatum. Dat is anders dan met de Whatsapp- filmpjes die

scholieren naar elkaar sturen, die ook onder de achttien zijn, want dan weet je: ‘dat meisje is toen en toen geboren’. Dan heb je een objectiveerbaar bestanddeel. Maar bij de meeste kinderporno, daar weet je niet wie het zijn. Het is denk ik niet haalbaar om het te objectiveren, omdat het niet te achterhalen valt vaak, dus je moet het wel doen met uiterlijke kenmerken, maar dat is vaak wel een bron van discussie als het een ‘uitgerijpt’ lichaam is, zal ik maar zeggen.

Zich de toegang verschaffen

#11 Overwogen zou kunnen worden duidelijker aan te geven wat precies onder het bereik van het bestanddeel ‘zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft’ in art. 240b Sr valt. Dat zou bijvoorbeeld gestalte kunnen krijgen door het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond waarin wordt uiteengezet in welke gevallen geen strafbaarheid bestaat. (A3)

- Het bereik van het bestanddeel ‘zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft’ is onduidelijk. (A3)

- Het Openbaar Ministerie vervolgt personen voor gedragingen die niet onder art. 240b Sr zouden moeten vallen. (A3)

Advocaat 3
Wat mij betreft is het knelpunt ‘door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruik van een communicatiedienst de toegang verschaffen’. Waarom? Omdat ik weet wat de achtergrond daarvan is en omdat zelfs in de eigen richtlijn van het OM staat: het enkel bekijken, het openen, zien dat iets strafbaar is en het dan direct verwijderen, is niet strafbaar. Ik zie steeds meer zaken waarin het OM wel vervolgt, terwijl niet vaststaat dat iemand het daadwerkelijk in bezit heeft gehad. In mijn visie is deze toevoeging bedoeld voor situaties waarbij allerlei kinderporno op een externe server staat en dat je dan daar de toegang toe verschaft en daar naar kijkt zonder dat het op je eigen computer staat. Maar het wordt enorm opgerekt en dat is wat mij betreft volstrekt onduidelijk. Er worden gevallen onder de wet gebracht die er wat mij betreft niet onder horen. Ik denk dat dat ook niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Ik snap natuurlijk dat terminologie heel erg lastig is. Ik denk dat je gewoon heel duidelijk moet omschrijven in welke gevallen er *geen* sprake is van strafbaar handelen. Dat zou je kunnen opnemen in een strafuitsluitingsgrond, waarbij in lid 1 wordt weergegeven wat strafbaar is, terwijl in lid 2 wordt vermeld in welke gevallen geen strafbaarheid bestaat.

Niet-vastgelegde beelden

#12 Overwogen zou kunnen worden het bekijken van kinderpornografische beelden die niet worden vastgelegd onder het bereik van art. 240b Sr te brengen. (O5; A2; RK)

- De rechtspraak is verdeeld over de vraag of het bekijken van kinderpornografische handelingen die *live* worden uitgevoerd onder het bereik van art. 240b Sr valt (O5)

- De wetgever kan dit probleem beter oplossen dan de Hoge Raad, want uitspraken van de Hoge Raad laten te lang op zich wachten en zijn te casuïstisch. (O5)

Officier 3
Een bekende trend en wel goed om te noemen in dit kader is het *live* misbruiken van kinderen in bijvoorbeeld Thailand of de Filipijnen via de webcam. Als dat niet vastgelegd wordt, is dat nog niet eens kinderporno. Dan laat je dus een derde met een kind op jouw advies… Je betaalt gewoon echt schokkend weinig geld en dan wordt dat gewoon geregeld. Je kan dan gewoon *live* meekijken en aanwijzingen geven wat jij wil wat er met dat kind gebeurt. Volgens mij is dat officieel geen kinderporno vervaardigen, want het wordt niet vastgelegd. Het is alleen maar via de webcam kijken. Het is wel een steeds groter wordende trend als je bezig gaat met de virtuele wereld en wat daarin gebeurt op seksueel overschrijdend gebied. Wanneer je dit in de tekst van de wet wil vastpakken, dan moet je die tendensen wel goed bekijken. Ik zit er zelf niet zo goed in, want dit valt weer onder de 'kinderporno en kindersekstoerisme' mensen. Ik weet niet zo goed hoe we dat nu ten laste zouden leggen. Je zou het op zich wel als medeplegen van art. 244 ten laste kunnen leggen.

Officier 5
De rechtspraak is er wel redelijk uit wat een afbeelding volgens 240b is als je het hebt over tekeningen en strips en dergelijke, alleen is er nu een hele discussie over *streaming* gegevens. Er bestaat een hele wereld, vooral een hele commerciële misbruikwereld, die dus kinderen ergens voor een webcam zetten en dan kun je dus betalen, of in Nederland of in het buitenland, en dan kun je inloggen en vervolgens allerlei opdrachten geven wat er dan met dat kind moet gebeuren of wat dat kind dan moet doen. Dat zijn niet altijd beelden die vastgelegd worden. De jurisprudentie is er nu heel erg over verdeeld of die *streaming* beelden nu afbeeldingen zijn of vluchtige gegevens. Wij hebben nu totaal tegenstrijdige uitspraken. Nergens in de parlementaire geschiedenis is erover nagedacht dat dat fenomeen zou gaan bestaan. In de jaren 80 hadden ze het echt nog over videobanden en plaatjes; het moest echt iets zijn wat verspreid kon worden. Nou, we leven ondertussen in een totaal andere wereld. Dat is op dit moment echt een probleem. Je bent gewoon echt afhankelijk van wat de rechter er op dat moment van vindt. Ze redeneren op de-

zelfde parlementaire stukken linksaf of rechtsaf. Deze zaken hebben het nog niet tot de Hoge Raad gebracht en bevinden zich tot toe allemaal in de eerste lijn. Het zijn er ook niet heel veel, maar je ziet – omdat we steeds meer van dit soort zaken krijgen met steeds meer mensen die op internet bezig zijn maar niet per se dingen binnenhalen of bezitten – dat dat gewoon een groter probleem gaat worden.

De wetgever zou in elk geval buiten twijfel moeten stellen dat dit soort dingen onder kinderporno valt. Gegevens en afbeeldingen op internet vormen sowieso een beetje een probleem. Je hebt dat ook in de gewone cybercrimewereld, met al die uitspraken van, wat is het, Habbo Hotel en dat soort spelletjes waar mensen virtuele meubeltjes en spullen van elkaar aan het stelen waren. Daar zag je ook dat de rechter er zo mee worstelde. Het zijn gegevens – geen goederen, geen afbeeldingen – het zijn vluchtige gegevens. Maar we vinden wel met zijn allen dat het iets is wat je tot je neemt of wat je kan bezitten of wat je kan stelen. Dus dan krijg je allemaal van die kronkels van 'ja het is wel geen goed, maar het is wel op economische waarde waardeerbaar, dus je kan het wel stelen'. Nou, zo zitten we eigenlijk in het kinderpornoartikel ook iedere keer te knutselen. Dus het zou sowieso opgepakt moeten worden. Al zou er maar eens een leuke Memorie van Toelichting komen waar heel duidelijk staat, toekomst *proof*: dit gaat er onder vallen. De hele denktrant moet bijgesteld worden naar de wereld van nu. Want die is gewoon heel anders dan tien jaar geleden. Er zitten meer van die dingen bij hoor waarvan het fijn zou zijn als we daar een uitspraak over zouden krijgen. En dan niet eens zozeer de rechter, want dat is vaak het probleem. Je kan wel dingen naar de Hoge Raad brengen, maar dat duurt sowieso een eeuwigheid en dan moet de Hoge Raad heel specifiek een uitspraak doen op een manier die je algemeen kan uitleggen. En dat gebeurt bijna nooit, want het is natuurlijk altijd heel casuïstisch en op die zaak toegespitst. Dus dan zitten we weer vijf jaar te wachten op een uitspraak en dan is het het weer net niet. En ondertussen is de wereld ook al weer veranderd, dus ik ben niet zo'n fan van proefprocessen over het algemeen. Het kost te veel tijd en het is nooit echt het antwoord dat je nodig hebt. Het zou heel fijn zijn als de wetgever zou ingrijpen.

Advocaat 2

Er is veel discussie geweest over 'in bezit hebben'. Dat is deels uitgekristalliseerd in rechtspraak in de zin van 'als jij het hebt gedownload, dan heb je het in je bezit gehad'. Dat is wel min of meer vaste rechtspraak, maar je ziet tegenwoordig steeds meer *streaming*, dus dat is een soort *live* gebeuren. Ik zou vinden dat dat strafbaar moet zijn. Volgens mij is er nog niets door de Hoge Raad over gezegd en dan is het dus per definitie onduidelijk. Ik denk dat je daar toch mee moet gaan met de tijd. Je hebt ook mms-berichten, flashberichten, sms-berichten, die verschijnen op je mobiele telefoon en zodra je dan een knop indrukt, verdwijnt het. Maar ja, in de tussentijd heb je het wel gezien, heb je het in je bezit gehad, dus het is de vraag hoe ver je daarmee gaat. Wat niet in de bepaling staat eigenlijk is 'bekijkt'. En daarmee zou je heel veel ondervangen. Dan moet je natuurlijk nog steeds bewijzen dat iemand dat

flashbericht ook heeft gezien. Het heeft mij altijd verbaasd, want op zichzelf is toch het bekijken voldoende?

De strafbaarheid van een grote hoeveelheid kinderpornografie[34]

#13 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dat de delictsomschrijving ziet op een hoeveelheid kinderpornografie (bijvoorbeeld in terabytes) in plaats van op één enkele afbeelding. (O3; O5)

- Het is lastig grote hoeveelheden kinderpornografie adequaat ten laste te leggen. (O3; O4; O5; A1; A2; R2; R4)
- De huidige delictsomschrijving van art. 240b Sr brengt mee dat de rechter van iedere afbeelding die hij in de bewezenverklaring opneemt een seksuele gedraging in een bewijsmiddel moet uitschrijven. (O5)
- Bij beslagleggings- of verbeurdverklaringsbeslissingen wordt de collectie als geheel als uitgangspunt genomen. (O5)

Officier 3
Een heel groot probleem bij kinderporno – dat zal je van een van mijn collega's ook horen – is de tenlasteleggingsproblematiek. Het is heel erg moeilijk om kinderporno ten laste te leggen omdat het niet te doen is om te beschrijven wat je tegenkomt, want het is zo veel. Gemiddeld zitten er zo'n enkele tientallen duizenden plaatjes in, maar regelmatig treffen we hoeveelheden aan van een aantal terabyte aan data. Het is onmogelijk om die allemaal te beschrijven, want dan heb je echt een halve kilometer aan papier nodig. Er is heel erg gezocht naar een goede tenlasteleggingsmethode, die zowel recht doet aan de hoeveelheid en toch ook aan het verdedigingsbelang. We hebben daar nu een systematiek voor, die is ontwikkeld door het Expertisecentrum Kinderporno, waarbij we een collectiescan maken waarbij wordt aangegeven wat voor een soort kinderporno er allemaal gezien is en een schatting gemaakt wordt van welk deel van de collectie ongeveer dat soort kinderporno bevat. Dan wordt die scan een soort representatieve weergave van die soorten foto's. Samen met de tenlastelegging is dit een soort pakketje en dat pakketje moet dan aangeven waar we het ongeveer over hebben.

Het was net door alle rechtbanken goedgekeurd totdat er weer eentje uit de bocht vloog (rechtbank Assen). Er is nu appel over ingesteld en dat is ook door het hof gesanctioneerd. Dus dit is gewoon goed; we kunnen het doen. Maar er is nu geloof ik weer een hof dat... Het plaatje is heel onrustig. Dit heeft ermee te maken dat je gewoon vanuit de tenlasteleggingssystematiek

34 Hierbij verdient vermelding dat een aantal van de interviewantwoorden zijn gegeven voor het verschijnen van HR 24 juni 2014, *NJ* 2014/339, m.nt. Reijntjes, waarin verduidelijkende regels zijn gegeven voor de wijze van ten laste leggen.

feitelijk moet zijn over wat je hebt aangetroffen, terwijl kinderporno dermate veel is dat dat eigenlijk niet kan. Als de wetgever zou kunnen verzinnen hoe je een tekst maakt voor het bezitten van grote hoeveelheden en dat dat dan voldoende is, dan zijn wij echt gered. Want het kost heel veel tijd, energie en inspanning om die selectie te maken en om dat zo specifiek te krijgen. Je zou het ook in de tekst van de materiële wet kunnen zoeken door bijvoorbeeld strafbaar te stellen om één terabyte kinderporno in bezit te hebben.

Officier 5
Je zou dus moeten gaan nadenken, ik weet de oplossing op zich ook niet, over de formulering hier. Want zoals het nu geformuleerd is, moet de rechter van iedere afbeelding die hij in de bewezenverklaring opneemt een seksuele gedraging in zijn bewijsmiddel kunnen uitschrijven. En dat is natuurlijk wel een heel erg strenge eis. Dus er zou over nagedacht moeten worden, als je dat op wil lossen via het artikel, hoe je dat omschrijft. Of dat je de collectie als geheel kan bewezen verklaren of ten laste leggen. Dat het niet op afbeeldingsniveau is. Zo iets zou het moeten worden. Soms leggen we wel het bezit van een gegevensdrager met kinderporno ten laste. Dat we kunnen zeggen: 'oké, we verwijten hem bezit van een gegevensdrager waar dan een plaatje op zit'. Maar we zitten heel erg – de jurisprudentie is ook heel erg in beweging – met die notie van 'wat is nou bezit?' Een computer is een waanzinnig ingewikkeld apparaat waar ook van alles in gebeurt wat jij niet echt heel erg bewust in bezit hebt genomen. Het is heel erg afhankelijk van jouw computerkennis, de software die je installeert en de veiligheden die je inbrengt of we jou kunnen verwijten dat de kinderporno die daar staat, of de gegevens die daar staan, ook bezit is. Dat jij je daar bewust toegang toe verschaft hebt of dat dat onbewaakt meegekomen is. Dus we komen er niet met een gegevensdrager, omdat binnen die gegevensdrager er ook allerlei sectoren zitten. Plus wat er dan ook nog bij komt en dat is ook een paar keer misgegaan. Als je die oude manier van ten laste leggen gebruikt – dus je neemt de voorbeelden – dan kan je inderdaad als je iemand hebt die alleen maar bezit heeft – daar is een Hoge Raad uitspraak over – zeggen: 'oké, in de bewezenverklaring zet ik die vijfentwintig afbeeldingen, maar in mijn strafmaat neem ik als omstandigheden van het geval mee dat het een grotere collectie was'. Klinkt ook heel leuk, is voor een bepaald deel vol te houden, maar dat geldt alleen maar voor mensen die alleen bezit hebben. De gemiddelde kinderpornoverzamelaar heeft bezit, verschaft zich toegang, verspreidt ook in al die jaren en weet ook echt niet meer – al ga je hem drie dagen verhoren – welk plaatje hij naar welk contactje geüpload of verspreid heeft. Het is een heel fijn artikel, want je kan gewoon alles bij elkaar pletteren. Je zegt gewoon: 500.000 afbeeldingen, verspreid, bezeten etc. Op het moment – en dat is dus ook gebeurd bij het Hof Den Haag – dat je gaat zeggen 'deze verdachte heeft bezeten, verspreid en nog iets' en je hebt maar vijfentwintig voorbeelden, dan zegt de rechter: 'ja, van die vijfentwintig voorbeelden kan ik bewijzen dat het bezit is, maar als jij niet expliciet kan aangeven welke van die vijfentwintig verspreid zijn, kan ik verspreiden niet bewezen verklaren'. Of ik kan heel moeilijk die gewoonte, die dus straf-

verzwarend werkt, bewezen verklaren, want ik heb alleen maar dat er op moment van de inbeslagname van de computer in ieder geval vijfentwintig plaatjes in bezit waren. Dan krijg je dat weer; dan kunnen we dus niet al die andere handelingen die er mee gepleegd zijn, bewezen verklaren. Dus welke oplossing je ook neemt, er zit altijd een 'maar' aan. Er zit altijd een bewijsprobleem aan. En dat is allemaal terug te brengen op die afbeelding waar die seksuele gedraging op staat, die je dus eigenlijk strikt formeel per afbeelding moet bewijzen.

En negen van de tien kinderpornomensen bekennen ook en willen er vanaf. Ze hebben een dubbelleven gehad; het zijn niet allemaal Robert M. types. Dus het crue is dat je een bekennende verdachte hebt: die heeft afstand gedaan van alles, die wil er van af, die wil in therapie, die wil die zaak afgehandeld hebben. We staan met zijn allen op zitting om er zo snel mogelijk vanaf te komen – een tik op de vingers en snel in behandeling – en dan moet je alleen maar gaan zitten emmeren met zijn allen over dit soort dingen. Terwijl die verdachte zegt: 'boeien of het er 500.000 of vijfentwintig zijn, ik beken dit gewoon. Ik heb ze allemaal in bezit gehad, maar ik weet niet meer precies wat er op ieder plaatje gestaan heeft en ik weet ook niet meer wat ik met iedereen heb uitgewisseld.' Er wordt door de verdediging vaak niet eens verweer op gevoerd. Dus het is in de meeste zaken ook helemaal geen *issue*, maar omdat je aan die strenge tekst vastzit, moet je er wel iets mee als rechter. En dat stamt inderdaad uit de tijd dat we gewoon nog fysiek het plaatje vast hadden. In het gros van de zaken heb je het helemaal niet nodig. En dan zou je zo graag willen kunnen zeggen, gewoon op zijn Hollands: 'luister, we weten allemaal over welke collectie we het hebben, dat is die hele berg ellende die we uit je computer hebben getrokken; jij doet er afstand van, jij bekent alles, daarvoor moet je veroordeeld worden en we gaan niet met zijn allen ruzie zitten zoeken over dat ene plaatje dat in die collectie zit'. Je zou het gewoon als geheel ten laste moeten kunnen leggen.

Je ziet wel in beslagbeslissingen over kinderporno bijvoorbeeld – dat is dan wel weer het rare – dat als daar iets moet worden verbeurd verklaard of als iets moet worden onttrokken, dan zeggen de rechters ook: 'luister, het is volkomen duidelijk dat deze collectie niet terug moet naar die meneer'. Er zit voor een deel kinderporno in en er zit ook voor een deel materiaal in wat wij dan grijsgebied noemen – ja, wel poserende kinderen, maar is het nou een seksuele gedraging ja of nee? Dan kan je een enorme discussie houden over wat er nou strafbaar is ja of nee. Maar de meeste rechters zeggen: 'luister, even los van wat er strafbaar is, in het algemeen belang van de samenleving en gezien meneer zijn pedoseksuele gevoelens en gezien het feit dat je materiaal digitaal kan bewerken tegenwoordig, is het niet de bedoeling dat dit materiaal terug de samenleving in gaat, dus onttrekken we het aan het verkeer'. Dus dan gebruiken ze dat het als een geheel van voorwerpen, als een totale collectie gezien kan worden voor de beslagbeslissing. Dus daar doen ze het weer wel in, want die vrijheid hebben ze daar wel. Maar alleen omdat je deze tekst hebt in art. 240b kan je het in je bewezenverklaring weer niet als één geheel aanmerken. Dus een beetje in die sfeer zou je iets moeten zoeken.

Differentiëren tussen gedragingen

#14 Overwogen zou kunnen worden te differentiëren in strafhoogte tussen de verschillende gedragingen die nu zijn opgenomen in art. 240b Sr. Dit zou gestalte kunnen krijgen door bepaalde gedragingen in een apart delict strafbaar te stellen. (NRM; NRM-doc) (zie #16 en #26)

#15 Overwogen zou kunnen worden te differentiëren in strafhoogte tussen de verschillende gedragingen die nu zijn opgenomen in art. 240b Sr. Dit zou gestalte kunnen krijgen door gebruik te maken van strafverzwaringsgronden. (A2) (zie #16 en #26)

- Het vervaardigen van kinderpornografie heeft een veel hogere strafwaardigheid dan de andere in art. 240b Sr opgenomen gedragingen. (A2; NRM; NRM-doc)
- De hogere strafwaardigheid van het vervaardigen van kinderpornografie zou uit de strafbepaling zelf moeten blijken. (A2; NRM; NRM-doc)
- Het apart strafbaar stellen van het vervaardigen van kinderpornografie biedt voordelen uit het oogpunt van registratie. (NRM)
- Het feit dat alle gedragingen in art. 240b Sr onder één noemer worden geplaatst, is moeilijk uit te leggen aan slachtoffers. (A2)
- Differentiëren in strafhoogte tussen de verschillende gedragingen die nu zijn opgenomen in art. 240b Sr kan een preventieve werking hebben. (A2)

#16 Contra. Het verdient geen aanbeveling te differentiëren in strafhoogte tussen de verschillende gedragingen die nu zijn opgenomen in art. 240b Sr. (O5) (zie #14, #15 en #17)

- Het differentiëren in strafhoogte tussen de verschillende gedragingen die nu zijn opgenomen in art. 240b Sr gaat bewijsproblemen voor het Openbaar Ministerie opleveren. (O5)

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Ik denk dat het geen goed beeld geeft dat de handelingen zoals verspreiden en downloaden of in ieder geval er zich daar toegang tot verschaffen op gelijke voet staan als vervaardigen. Dus ik zou zeggen dat vervaardigen hier eigenlijk uit moet. In algehele zin denk ik, maar ook vanuit registratieoogpunt vind ik het verstandig dat als je gaat bekijken hoe vaak die zaken voorkomen je ook een onderscheid kan maken in de verschillende vormen van kinderpornografie. Dus het heeft een registratieachtergrond. Dat hoort natuurlijk ook bij mijn mandaat. Maar qua strafwaardigheid vind ik dat vervaardigen

gewoon echt van een andere orde is dan het zich toegang verschaffen tot. En over het algemeen is het OM heel goed in staat om door het stapelen van verschillende strafbare feiten daar toch een wat extra lading aan te geven. Maar ik zou zeggen dat uit het artikel zelf zou moeten blijken hoe de wetgever aankijkt tegen een dergelijk feit. Het is uitdrukkelijk van een veel zwaardere orde. Vervaardigen zou met een zwaardere strafbedreiging apart moeten worden opgenomen. Dus wetstechnisch lijkt me dat je dat gewoon uit lid 1 moet halen.

Verder zou ik sowieso heel goed kijken naar de verschillende handelingen in lid 1. Misschien is er nog wel een ander onderscheid te maken, maar in ieder geval moet vervaardigen een apart strafbaar feit zijn met een hogere strafbedreiging dan het zich toegang verschaffen tot. Kinderpornografie is opgebouwd uit meerdere wezenlijk verschillende handelingen. Misschien dat er wat ruimer over nagedacht moet worden hoe je die verschillende handelingen ook qua strafwaardigheid bestempelt. Misschien dat verspreiden meer bij vervaardigen zou horen; daar zou je over na moeten denken. Kijk, er is iedere keer iets aan toegevoegd. Het toegang verschaffen tot, dat is toegevoegd omdat er plaatjes op de cloud zijn en je daarnaar kan kijken en het dus niet op je computer staat. En er zal nog wel weer wat gebeuren, waardoor dat ook weer gaat veranderen. En eigenlijk de meest kwalijke onderdelen zijn het vervaardigen en het verspreiden. Tegelijkertijd is ook het kijken naar of het weten dat iemand ernaar kijkt voor het slachtoffer een wezenlijk leedtoevoegende omstandigheid en ik denk dat dat ook uit, in ieder geval de toelichting, maar ook uit de wijze waarin het artikel vorm wordt gegeven naar voren moet komen.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (document)[35]

'Ongekwalificeerde kinderpornografie kent een strafbedreiging van vier jaar. Deze strafbedreiging geldt voor zowel bezit als voor het vervaardigen van kinderpornografie. Bij de vervaardiging van kinderpornografie is echter in de meeste gevallen sprake van fysiek seksueel geweld. De vervaardiging van kinderpornografie impliceert dus dat de vervaardiger het slachtoffer heeft misbruikt, bijvoorbeeld door het kind te verkrachten of het kind te bewegen seksuele handelingen te verrichten bij zichzelf. Verkrachting kent een strafbedreiging van twaalf jaar. Wanneer een kind wordt verkracht ten behoeve van een kinderpornografische opname, moet naast de vervaardiging van kinderpornografie ook verkrachting als apart delict ten laste worden gelegd om zo op een strafbedreiging van meer dan vier jaar uit te komen. Het feit dat de vervaardiging van kinderpornografie in dit geval de verkrachting al impliceert komt dus niet tot uitdrukking in de strafbedreiging, die evenals voor bezit vier jaar bedraagt. Door in de delictsomschrijving van kinderpornografie geen onderscheid te maken tussen vervaardiging en bezit wordt de ernst van het fysieke misbruik van het slachtoffer dat in veel gevallen gepaard gaat met de vervaardiging niet voldoende tot uitdrukking gebracht. Nu seksueel

35 NRM 2014, p. 27-28 (voetnoten weggelaten).

geweld in bijna alle gevallen inherent is aan de vervaardiging van kinderpornografie lijkt het gekunsteld dat een ander delict nodig is om de strafwaardigheid tot uitdrukking te brengen. Het zou daarom beter zijn wanneer de verschillende gedragingen met betrekking tot kinderpornografie een verschillende strafbedreiging krijgen.'

Officier 5
Wat ik vooral niet zou willen – ik weet dat dat al een aantal keer voorgesteld is door de Nationaal Rapporteur – is dat dit artikel uit elkaar getrokken wordt en dat er een lid is voor het in bezit hebben, een lid voor het verspreiden en dat daar dan weer verschillende strafmaten aan zijn opgehangen. Dat levert ons naast de bewijsproblemen die we al hebben nog meer problemen op. Want dan moeten we dus echt per plaatje kunnen aangeven wat verspreid is, wat is ingevoerd of wat alleen maar toegang verschaffen tot is. Achter die voorstellen zit een strafmaatgedachte: het moet duidelijker zijn dat bezit een lichter vergrijp is dan het verspreiden of de productie. Ik denk dat dat gewoon in de strafmaat tot uiting kan komen en dat dat niet zo expliciet in de wet hoeft te staan. Maar het is denk ik meer voor de beeldvorming: het is niet allemaal even licht; je moet aan kunnen geven wat de gradaties zijn. Maar volgens mij kom je verder met deze tekst en is het beter het gewoon per zaak in de strafmaat te verwerken dan het hele artikel op te splitsen. Dus als iemand dat voorstelt, zeg maar dat ik er tegen ben.

Advocaat 2
Wat ik altijd vreemd heb gevonden en ook niet kan uitleggen aan slachtoffers, is dat vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren, verwerven en in bezit hebben allemaal onder één noemer vallen, omdat slachtoffers het vaak toch wel behoorlijk wat anders vinden of je gevonden wordt bij een meneer die dat weer gekocht of geruild heeft met iemand anders, maar die niet betrokken is bij de vervaardiging en de verspreiding. Voor het slachtoffer is de maker het zwaarste, daaronder de verspreider en daaronder de bezitter. En het kan best zo zijn dat de rechtspraak daar een onderscheid in maakt in de strafmaat, maar dat de wetgever dat niet doet is eigenlijk in de ogen van veel slachtoffers een veeg teken. En eerlijk gezegd, als professional vind ik het ook raar dat daar geen onderscheid in wordt gemaakt. Het komt daardoor bij slachtoffers over alsof er geen verschil is.

Slachtoffers van pedofielen rekenen het de dader heel erg aan dat hij die beelden gemaakt heeft; rekenen het hem ook aan dat hij ze verspreid heeft. En bij zaken met mensen die enkel materiaal bezitten, dus die niet hadden vervaardigd of verspreid, gaat het weer anders. Dan merk je aan mensen dat dat een verschil maakt en dat ze het raar vinden dat hij onder dezelfde titel wordt vervolgd. Er worden natuurlijk ook veel verweren gevoerd van 'ja, het is maar bezit'. Als je nu expliciet maakt dat bijvoorbeeld bezit een misdrijf is waar een bepaalde straf op staat, bijvoorbeeld drie jaar, en je zegt 'verspreiden is zes jaar en het maken nog meer', dan wordt het voor een slachtoffer ook beter invoelbaar. Ik kan als professional wel uitleggen: 'ja mevrouw,

maar daar maakt de rechter een onderscheid in'. Maar het is niet kenbaar, het is niet duidelijk kenbaar. Ik denk eerlijk gezegd ook dat het nuttig is in de preventieve sfeer. Als je als overheid een campagne zou houden tegen kinderporno – bezit zo veel, verspreiden nog meer, maken nog meer – dat dat een afschrikwekkende werking heeft en dat als het bijvoorbeeld bij bezit drie jaar zou zijn, dat dat afschrikt.

Nu is het een strafverzwarende grond als je er een gewoonte van maakt, maar je zou ook kunnen zeggen: het bezit is strafbaar, strafverzwarend wordt het als je ook nog verspreidt en nog een keer strafverzwarend wordt het als je het vervaardigt.

Ik vind dat als je de zorg hebt voor een kind dat dat enkele gegeven strafverzwarend zou moeten zijn en dan kan je het delict koppelarij gewoon uit het wetboek schrappen. Maak het gewoon een strafverzwarende omstandigheid dat als er dingen gebeuren met een kind dat aan jouw zorg is toevertrouwd en jij hebt daar de hand in, dan krijg je gewoon een derde bovenop de straf. Dus als er een maximum van acht jaar is voor kinderpornovervaardiging, maar jij laat dat doen met een kind dat aan jouw zorg is toevertrouwd, dan krijg je er een derde bovenop.

Strafverzwarende gronden

#17 Overwogen zou kunnen worden de in art. 240b lid 2 Sr opgenomen strafverzwarende grond (het een beroep of gewoonte maken van kinderpornografie) te schrappen. In het verlengde daarvan zou tevens overwogen kunnen worden de strafbedreiging van lid 1 te verhogen van vier jaar naar acht jaar. (O3) (zie #16)

- Deze strafverzwarende grond rechtvaardigt het grote verschil in strafbedreiging niet. (O3)
- Eén strafbedreiging voor kinderpornografie is eenvoudiger. (O3)
- Er zijn andere omstandigheden die evenzeer een hogere strafbedreiging verdienen. (O3)
- Een hoge strafbedreiging voor de gehele bepaling maakt het eenvoudiger voorgeleiding te realiseren. (O3)
- Het maken van een gewoonte heeft nauwelijks tot geen onderscheidend vermogen, want het doet zich in de praktijk bijna altijd voor. (O3; RK)

Officier 3
Ik vind zelf het verschil tussen lid 1 en lid 2 altijd heel erg opmerkelijk. In lid 1 staat een maximumstraf van vier jaar opgenomen als straf voor het bezitten, vervaardigen enz. van kinderporno, terwijl het een gewoonte maken in

lid 2 acht jaar heeft. Als je kijkt welke hoeveelheden kinderporno je in de werkelijkheid aantreft, dan is het onderscheid tussen het gewoonte maken en het niet gewoonte maken eigenlijk heel lastig te maken in mijn beleving. Als iemand een jaar lang structureel kinderporno downloadt is dat volgens mij gewoon 'gewoonte maken'. Dus het is een heel groot verschil in strafbedreiging, terwijl het in de werkelijkheid niet zo'n groot verschil is. Je hebt ook wel verdachten die je aantreft met maximaal 100 of 200 plaatjes, maar het gros heeft inmiddels door dat het heel makkelijk is. Je hoeft maar even je *peer-to-peer* programma open te zetten en het komt vanzelf je computer op wandelen. In de werkelijkheid is het onderscheid helemaal niet zo relevant, terwijl de strafbedreiging heel verschillend is. In de praktijk is het zo dat we zelden iemand hebben die het één keer heeft, maar dat we bijna altijd mensen hebben die het altijd hebben, terwijl het verschil zo groot is in strafmaat. Ik zou me best kunnen voorstellen dat je gewoon één strafbedreiging voor kinderporno kiest. Dat is simpeler. En dat je vervolgens de ernst van wat je aantreft meeweegt. Wijzelf vinden bijvoorbeeld de aard van de kinderporno heel belangrijk meewegen in onze richtlijnen. Dus de ernst van de gedragingen die te zien zijn en de periode waarin iemand het heeft; dus niet zozeer het gewoonte maken, maar gewoon de periode waarin hij dit zegt te hebben gedownload. Als iemand voornamelijk baby's heeft, dan weegt dat zwaarder dan poserende meisjes van vijftien. Dus daarin maken wij zelf juist het onderscheid en dat past meer, in mijn beleving, bij de werkelijkheid dan het onderscheid dat de wet maakt.

Het zetten van de strafbedreiging van lid 1 op acht jaar heeft als bijkomend voordeel dat je niet ook nog hoeft aan te tonen, in gevallen waarin je voorgeleiding wil, dat het ook een gewoonte is geweest, omdat het een grote hoeveelheid is. Er zijn wel voorbeelden van voorgeleidingen die afgewezen zijn omdat – weliswaar een grote hoeveelheid – maar niet het gewoonte maken werd aangenomen. Het is wel een apart vraagpunt wat je moet beantwoorden. Het is niet iets waarbij je heel lang stilstaat in de praktijk, maar nogmaals: in de wet wordt het heel duidelijk uit elkaar getrokken. Als iemand voor de tweede keer kinderporno heeft, dan heb je daarmee de gewoonte van de tweede keer ook wel aangetoond. Het is allemaal wat gekunsteld.

#18 Overwogen zou kunnen worden het een gewoonte maken een van de misdrijven omschreven in art. 240b lid 1 Sr te plegen niet langer als strafverzwarende grond te bestempelen. De strafverzwarende grond zou beperkt dienen te blijven tot het beroepsmatig handelen. (A5)

- Het een gewoonte van kinderpornografie maken ziet primair op iemands gedragspatroon. Het is de vraag of dat een verdubbeling van het strafmaximum rechtvaardigt. (A5)

Advocaat 5
Ik heb nog wel een punt dat ziet op art. 240b lid 2. Volgens mij is dat een uitvloeisel van het verdrag van Lanzarote, de verhoging van het strafmaximum. Het strafmaximum verdubbelt eigenlijk, acht jaar als er sprake is van een beroep of gewoonte. Bij dat beroep kan ik me dat heel goed voorstellen, want dan haal je er nog winst uit ook. Bij de gewoonte daarentegen vraag ik me af: zou je dat op zichzelf ook kunnen rechtvaardigen? Een gewoonte ziet op gedrag. Stel dat je een situatie hebt waarbij bepaald gedrag in dit verband erin slijt. Zou je dan kunnen zeggen dat dat een verhoging of een verdubbeling van het strafmaximum rechtvaardigt? Of dat nou echt iets is voor de wet, voor de wetgever, dat is natuurlijk een andere vraag. Het zou eigenlijk moeten gaan om het 'voordeel trekken uit', want dat sluit beter aan bij je beleving dat dat het dan natuurlijk nog extra strafwaardig maakt. Terwijl als je het wat meer op de persoon van de dader betrekt die op een gegeven moment in een bepaald patroon geraakt, dan ligt dat denk ik minder voor de hand.

Inperkingen van het bereik van art. 240b Sr

#19 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of bepaalde manifestaties van *sexting* die plaatsvinden tussen jongeren onderling wel onder het bereik van art. 240b Sr zouden moeten vallen. (O3; A2) (zie #9)

- *Sexting* is onvoldoende strafwaardig om onder art. 240b Sr te worden geschaard. (O3; A2)
- Een bewezenverklaring van art. 240b Sr heeft grote gevolgen voor de verklaring omtrent gedrag. (O3)
- De grote gevolgen voor de verklaring omtrent gedrag zorgen ervoor dat in de praktijk een ander strafbaar feit wordt ten laste gelegd. (O3)
- Bij het beoordelen van de strafwaardigheid van *sexting* speelt het feit dat een afbeelding vrijwillig is doorgestuurd door de afgebeelde jongere een belangrijke rol. (A2)

Officier 3
Dan hebben we nog het probleem van de *sexting*. Heel veel kinderporno is nu ook vervaardigd door minderjarigen zelf met mobieltjes, appjes of filmpjes maken van elkaar. Mijn collega heeft het over: 'wat wij vroeger in het fietsenhok deden, dat doen die kinderen nu op de telefoon'. Dat is alleen maar strafbaar onder het vervaardigen van kinderporno. Dat leidt tot een strafblad waar een zedenfeit op staat, terwijl het heel vaak gaat om pestgedrag – allemaal niet fijn, maar het is heel wat anders dan waar deze wet voor bedoeld was. Het gaat om grote hoeveelheden van dat soort materiaal wat we veel tegenkomen. Misschien zou je daar een ander feit voor moeten maken om de

lading van de kinderporno daar af te halen, zodat je dat naar waarde kan ten laste leggen.

Het wordt nu in de opportuniteit afgedaan en dan kiezen we voor smaadachtige feiten of belediging. Dit is heel lastig, omdat het ook niet altijd aan alle criteria daarvan voldoet. Dus we hebben ook wel situaties waar je daar niet echt goed mee uit de voeten kan, terwijl je het wel heel kwalijk vindt omdat het wel naar pestgedrag is – bijvoorbeeld omdat meiden zich aangezet voelen om het nog een keer te doen. Dan kom je al wel heel dicht in de buurt van andere feiten zoals art. 247, maar je kunt je voorstellen dat je er dus een soort mindere gradatie van wil hebben, met name – en dat is eigenlijk een beetje andersom geredeneerd wat mij betreft – omdat de VOG-regels over zedenfeiten eigenlijk heel vergaand zijn. Eigenlijk is niet het punt dat je een zedenfeit ten laste legt, maar je weet dat de gevolgen van het bewezen hebben van een zedenfeit zo gigantisch drukken op iemands strafblad voor hele lange tijd dat je eigenlijk daarom moet kiezen voor een ander soort strafbaar feit, terwijl het eigenlijk allemaal wel kan.

Advocaat 2

Je hebt natuurlijk ook weer kinderporno en kinderporno. Je hebt ook negentienjarige jongens die van hun vijftienjarige vriendinnetje een foto van een schaamstreek krijgen en die dat doorpingen. Dat kun je het vervaardigen en het verspreiden van kinderporno noemen. Met een beetje goede wil kom je daar juridisch nog mee weg ook, maar dat doet dan weer onevenredig veel pijn bij de vervaardiger. Ik denk dat je ook moet kijken naar wat wij nu eigenlijk vinden van kinderporno, want daar valt in mijn optiek nu veel te veel onder. Het is te ruim, want er wordt geen rekening gehouden met de seksuele moraal. Het is een vrij definitieve leeftijdsgrens, achttien jaar. Ik heb zelf een verdachte bijgestaan die is veroordeeld. Die jongen was zestien, kreeg naaktfoto's van zijn veertienjarige vriendin toegestuurd, daar sprak hij via een chat met een andere vriendin over en die zei: 'nee joh, dat geloof ik niet'. Dus hij pingt haar zo'n foto en dat meisje stuurt die foto naar de hele school. Natuurlijk heeft het slachtoffer in die zaak daar last van, maar moeten ze dan zo'n jongen veroordelen voor het verspreiden van kinderporno, wat is gebeurd? Ik vind dat echt te ver gaan. En hij heeft het nu wel op zijn strafblad en die jongen had heel graag naar Amerika willen emigreren; dat kan niet, die nemen dat niet.

Op het moment dat jij als meisje zelf foto's van jezelf maakt, die je zelf verspreidt zonder dat iemand je daarom vraagt, dan heb ik er toch wel moeite mee als een leeftijdsgenoot daar dan voor gaat hangen. Dus ik denk dat je misschien iets moet doen met de mate van vrijwilligheid of misschien dat je een subcategorie zou moeten maken in leeftijd. Ik vind ook dat pornografie van een zestienjarige een andere impact heeft dan van een achtjarige of nog weer, van een vierjarige. Rechters houden daar wel rekening mee in hun vonnis, maar de wetgever laat helemaal niet zien in de bepaling dat zij daar rekening mee houden. En misschien moet je wel kijken naar in welk kader die verspreiding plaatsvindt. Het is natuurlijk toch wat anders, zo'n jongen die

dan een vriendin ervan probeert te overtuigen dat het echt waar is, dan de pedovereniging Martijn die het allemaal aan hun leden doorspeelt, zodat ze allemaal aan hun trekken komen. Van belang is de manier waarop ze er aan komen. Op het moment dat jij het van het slachtoffer zelf toegestuurd krijgt en je vraagt er niet om, dat vind ik toch wat anders dan wanneer ik tegen je zin in opnames van jou maak en ik ga die ook nog tegen je zin in verspreiden.

Je kunt dan ook situaties krijgen waarin iemand seksuele opnames maakt van zijn vriendin van achttien of negentien waarvan hij weet 'die is negentien, dus ja, wat heb ik te vrezen'. Maar als een rechter dan laatst zegt: 'ja maar als ik er naar kijk, vind ik haar zestien', dan heb je wel een probleem. Ook omdat daar weer de vrijwilligheid er niet toe doet. En rechters zeggen dan, als je daarmee praat, 'daar houden wij rekening mee', maar in dat voorbeeld van die jongen van net [zie #9], werd daar geen rekening mee gehouden. Die jongen heeft gewoon straf gekregen.

#20 Overwogen zou kunnen worden een strafbepaling te creëren voor internetproviders die het mogelijk maken de toegang te verschaffen tot netwerken met kinderpornografische afbeeldingen. (O4) (zie #49)

#21 Overwogen zou kunnen worden een strafbepaling te creëren voor internetproviders die het mogelijk maken anoniem op het internet te surfen. (O4) (zie #49)

- De kinderpornografieproblematiek kan effectiever bestreden worden als het door internetproviders faciliteren van de in art. 240b Sr omschreven gedragingen strafrechtelijk kan worden aangepakt. (O4)

Officier 4
Wat iedere keer weer in me opkomt: kunnen providers er niets aan doen dat bepaalde dingen gewoon niet kunnen? Bij kinderporno gaat het iedere keer weer door mijn hoofd heen. Het is een druppel op de gloeiende plaat wat wij doen met wat er gebeurt. Op het moment dat je via andersoortige wetgeving degenen die het mede mogelijk maken kunt pakken, dan ondervangt dat een deel van onze problematiek. Op het moment dat iemand zich toegang verschaft tot netwerken, dan kan je dat niet meer voorkomen, maar je zou wel kunnen zeggen: 'provider, jij hebt dit kunnen zien, jij hebt dit mogelijk gemaakt, sluit die kraan af'. Die richting. Je moet er dan voor zorgen dat de toegang naar bepaalde sites niet mogelijk wordt gemaakt. Ik vind het moeilijk hoe je dat vastlegt. Bijvoorbeeld in verband met de vrijheid van internetverkeer. Via Arabische landen kan volledig anoniem gesurft worden. Terwijl er geen discussies meer zijn over de ID-verplichting op straat. Moet je niet wereldwijd verbieden dat iemand anoniem dingen kan doen? In de terrorismewetgeving zijn er ook al een aantal van deze waarborgen. Wat onmogelijk gemaakt zou moeten worden zijn de sites waar je via het internet al dan niet met betaling heel eenvoudig de toegang verkrijgt tot kinderporno. Datgene

waarvoor je moet betalen, is nog moeilijker verkrijgbaar dan dat wat vrij op het internet zweeft. Providers zouden een soort verplichting moeten hebben om daarop te controleren. Daarmee samenhangend, een iets ander aspect, degenen die mogelijk maken dat ik als gebruiker mij de toegang verschaf tot dat soort netwerken. Er zijn providers die het mogelijk maken dat je via hen volledig anoniem bent of opgaat in de anonimiteit. Je kunt via via – via Arabische netwerken etc. – volledig anoniem surfen.

Systematiek

#22 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van art. 240b Sr (achttien jaar) en art. 245 Sr (zestien jaar) op elkaar af te stemmen. (O5; A1) (zie #22H)

- Het is wonderlijk dat iemand wel een seksuele relatie mag hebben met iemand van zestien of zeventien jaar, terwijl het in bezit hebben of anderszins van een afbeelding met een seksuele gedraging van iemand van zestien of zeventien jaar wel strafbaar is. (O5; A1)

- Een zeventienjarige die een seksueel getinte foto van zichzelf maakt, valt te bestempelen als een producent van kinderpornografie in de zin van art. 240b Sr. (O5)

Officier 5 (naar aanleiding van art. 245 Sr)
Dus je hebt situaties waarin je als zeventienjarige wel van alles mag, maar bepaalde dingen weer niet omdat dat weer onder de leeftijdsgrens van achttien valt. Bijvoorbeeld met betrekking tot kinderporno dan. Dat vind ik altijd zo grappig. We hebben natuurlijk heel veel van die superactieve pubers die allemaal selfies van zichzelf maken. Je mag op je zeventiende de meest gruwelijke SM-seks met alles en iedereen gaan houden – wat je maar wilt – dan ben je vrij dan en mag je wel over jezelf beslissen. Als je zestienminner bent nog niet, maar als je zeventien bent wel. Maar als je een naaktfoto van jezelf maakt, dan ben je een producent van kinderporno. Je mag die seks wel hebben, maar je mag er geen afbeelding van maken. Dat geldt ook voor jezelf; dat maakt niet uit. En dat is bij deze artikelen ook het geval. Waarom is dit nou ineens achttien?

Advocaat 1 (naar aanleiding van art. 245 Sr)
Bij art. 245 ligt de grens bij zestien jaar, wat betekent dat je geen seksuele relatie mag hebben met iemand die jonger is dan zestien jaar. Als iemand zestien of zeventien is, dan mag dat wel. Wanneer je plaatjes hebt van iemand van zestien of zeventien met seksuele gedragingen erop, dan mag dit niet – het valt immers onder art. 240b Sr. De leeftijd – zestien jaar, achttien jaar – het onderscheid snap ik met het oog op de wetsgeschiedenis, maar het is niet duidelijk. Het is niet helder voor de verdachte, dus voor de burger. Die grens zou wat mij betreft op één leeftijd gesteld kunnen worden: zestien óf achttien jaar.

Sancties

#23 Overwogen zou kunnen worden de volgende bepaling in art. 14b Sr op te nemen. 'De proeftijd kan eveneens ten hoogste tien jaren bedragen indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat de gezondheid of het welzijn van een of meer kinderen benadeelt. Onder het benadelen van de gezondheid of het welzijn van een kind wordt voor de toepassing van dit artikel mede begrepen het misdrijf, bedoeld in art. 240b Sr.' (Notitie OM 2014; O5)

- De wetgever moet in elk geval duidelijkheid scheppen over de vraag of overtreding van art. 240b Sr een proeftijd van tien jaar rechtvaardigt. (O4)

- In kinderpornografiezaken is een lange proeftijd vaak noodzakelijk, gezien de vereiste behandelingen en het hoge recidiverisico. (Notitie OM 2014; O5)

- Het nu in art. 14b lid 2 Sr opgenomen criterium om een proeftijd van tien jaar te realiseren, is te beperkt. (Notitie OM 2014; O5)

- Het nu in art. 14b lid 2 Sr opgenomen criterium om een proeftijd van tien jaar te realiseren, wordt verschillend geïnterpreteerd in de rechtspraktijk. Sommige rechterlijke instanties menen dat niet aan dit criterium is voldaan in kinderpornografiezaken. (Notitie OM 2014; O4; O5)

- Er bestaat reeds een dergelijke bepaling met betrekking tot dierenpornografie in art. 14b lid 3 Sr. Het is wonderlijk dat dat op dit moment niet het geval is met betrekking tot kinderpornografie. (Notitie OM 2014; O5)

#24 Overwogen zou kunnen worden in art. 38e lid 1 Sr buiten twijfel te stellen dat een ongemaximeerde tbs met dwangverpleging kan worden opgelegd voor kinderpornografiedelicten. (Notitie OM 2014; O5)

- In kinderpornografiezaken is een langere tbs dan vier jaar vaak noodzakelijk. (Notitie OM 2014; O5)

- Het nu in art. 38e lid 1 Sr opgenomen criterium om een ongemaximeerde tbs te realiseren, is te beperkt. (Notitie OM 2014; O5)

- Het nu in art. 38e lid 1 Sr opgenomen criterium om een ongemaximeerde tbs te realiseren, wordt verschillend geïnterpreteerd in de rechtspraktijk. Sommige rechterlijke instanties menen dat niet aan

> dit criterium is voldaan in kinderpornografiezaken. (Notitie OM 2014; O5)

Notitie OM 2014 (document)
'In een groot aantal zedenzaken is, gelet op de onderliggende problematiek van de daders en de hoge kans op recidive, een voorwaardelijke straf met een lange proeftijd en bijzondere voorwaarden (zoals gedragskundige behandeling en reclasseringsbegeleiding) vaak noodzakelijk. Artikel 14b lid 2 Sr geeft de rechter de mogelijkheid daarbij een proeftijd van 3 jaar op te leggen. De proeftijd kan maximaal 10 jaar betreffen wanneer "er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen".

Met name bij kinderporno-delicten levert dit criterium een probleem op: het merendeel van de verdachten is jarenlang, al dan niet vanuit pedofiele gevoelens, obsessief bezig geweest met het verzamelen, verspreiden, bekijken, produceren etc. van grote hoeveelheden kinderpornografie. De gedragskundige behandeling en begeleiding na een dergelijk delict beslaat standaard enkele tot vele jaren en het terugvalpercentage bij deze delicten is zeer hoog.

Binnen de rechtspraak bestaat echter verdeeldheid over de vraag of een kinderpornodelict (waarbij de dader niet "met zijn handen aan kinderen heeft gezeten") aan het criterium voldoet van een "misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen". Er zijn net zoveel rechtbanken die bij een kinderpornodelict niet verder menen te kunnen gaan dan 3 jaar proeftijd, als rechtbanken die meerdere jaren proeftijd tot 10 jaar opleggen. Hierdoor is onzekerheid maar ook rechtsongelijkheid ontstaan en eindigen veroordeelden regelmatig zonder of maar met een gedeeltelijke behandeling, omdat zij zich na ommekomst van de proeftijd van 3 jaar aan behandeling en toezicht kunnen onttrekken.

Deze kwestie speelt ook bij de verlenging van TBS met dwangverpleging, die ook voor kinderpornodelicten wordt opgelegd: in art. 38e lid 1 Sr, waarin opgenomen is de regeling met betrekking tot de duur van de terbeschikkingstelling, is hetzelfde criterium opgenomen als in art. 14b lid 2 Sr. Dit betekent dat een TBS slechts maximaal 4 jaar kan duren in geval de rechter van mening is dat het gepleegde delict niet voldoet aan het criterium van "een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen". Ook op dit punt zijn vonnissen gewezen waarin wél en níet de TBS voor een kinderpornodelict gemaximeerd werd tot 4 jaar.

Onlangs heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden op grond van de "beperkte" lezing van art. 38 e lid 1 Sr nog een terbeschikkingstelling na 4 jaar beëindigd in een zaak waarin de veroordeelde onder andere kinderporno had verzameld, verspreid en aan een minderjarig meisje had toegezonden. Kort na zijn invrijheidsstelling (en "overgang" van TBS naar BOPZ-plaatsing), werd bij deze veroordeelde wederom kinderporno aangetroffen.

Bij de inwerkingtreding van art. 254a Sr (“dierenpornografie”), is per 1 oktober 2012 in lid 3 van art. 14b Sr opgenomen: “De proeftijd kan eveneens ten hoogste tien jaren bedragen indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat de gezondheid of het welzijn van een of meer dieren benadeelt. Onder het benadelen van de gezondheid of het welzijn van een dier wordt voor de toepassing van dit artikel mede begrepen het misdrijf, bedoeld in de artikelen 254 en 254a”. Een dergelijke expliciete bepaling als het de “gezondheid of het welzijn” (of het gevaar voor de onaantastbaarheid van het lichaam) van een kind betreft, bestaat echter niet in de huidige wetgeving.

Aldus is de merkwaardige situatie ontstaan dat bij veroordeling voor het verzamelen van <u>dieren</u>pornografie een proeftijd van maximaal 10 jaar kan worden opgelegd, terwijl dat in een zelfde geval van <u>kinder</u>pornografie slechts gemaximeerd lijkt tot 3 jaar. En dat terwijl bekend is dat het recidiverisico bij kinderpornodelicten schrikbarend hoog is. Daarnaast lijkt het criterium “de gezondheid of het welzijn benadelen” een lichtere te zijn dan “zich richten tegen of gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam”.

Met andere woorden: momenteel lijken de belangen van het lichaam of het welzijn van dieren die misbruikt worden voor pornografie beter behartigd in de wet dan die van voor porno misbruikte kinderen. (…)

<u>Voorstel</u>: neem artikel 240b Sr op in lid 3 van artikel 14b lid 3 Sr. Wijzig art. 38 e lid 1 Sr voorts in die zin dat een ongemaximeerde TBS met dwangverpleging kan worden opgelegd voor kinderpornodelicten.’

Officier 4

Het criterium lange proeftijd in de strafsituatie met art. 240b is een punt van aandacht. Je ziet ook discussie of art. 14b lid 2 voldoende houvast biedt om het criterium van een zodanig lange proeftijd van tien jaar al dan niet toe te passen. Het gevaar voor gezondheid, veiligheid etc., of een schending van art. 240b daaronder te scharen is. De wetgever moet duidelijk maken of hij dat al dan niet wil. Dat geeft wat duidelijkheid. Want nu zie je twee verschillende dingen. Je ziet uitspraken waarbij men zegt ‘dat is gewoon zo’, rechtbank *x* heeft er een aantal gewezen. In hogere rechtspraak is een aantal keer gezegd dat het niet zo is. Bij hoven zie je twee verschillende lijnen.

Officier 5

Ik heb ook een aantal zaken gedraaid waarin we geprobeerd hebben – en dat is gelukt voor een deel – langere proeftijden te krijgen. Het probleem is namelijk met kinderpornomensen dat ze er standaard al jaren mee bezig zijn. Ze zijn er totaal door geobsedeerd. Er zijn goede behandelingen voor, alleen die duren vrij lang. Ambulante behandelingen dan zeg maar. De standaardbegeleiding is een jaar of drie. Dat is vaak in groepsverband. En daarna zit er nog best wel wat individuele begeleiding bij. Dus de reclassering wil ook best graag een lange proeftijd. Ze zeggen dat ze in twee jaar niet genoeg kunnen doen met zo’n iemand; dat heeft gewoon jaren nodig.

Dus als je dan naar art. 14b gaat waar de proeftijden staan, dan kan je een langere proeftijd dan de standaard drie jaar opleggen als er, op zijn Hollands gezegd, reden is om aan te nemen dat iemand gaat recidiveren in een feit wat een gevaar oplevert voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een ander. Dat is gedaan met het oog op moord en doodslag, echt fysiek geweld. Datzelfde begrip staat in art. 38e als het gaat over tbs dwang. Tbs dwang is natuurlijk ook beperkt. Daar kan je één keer twee jaar opleggen en dat kan één keer verlengd worden. Je kan het onbeperkt blijven verlengen, dus langer dan vier jaar, op het moment dat er sprake is van datzelfde begrip. Dus het gaat dan om bepaalde mensen, de seriemoordenaars zal ik maar zeggen.

Wij hebben een aantal hele gevaarlijke pedoseksuelen waarvan ook alle deskundigen zeggen: 'die gaat gegarandeerd een keer over de schreef'. Die is zo geaard pedoseksueel, maar die heeft zich voornamelijk met kinderporno bezig gehouden, ook productie eventueel. Maar de rechters worstelen ermee, omdat ze zeggen: 'ja, een kinderpornodelict kan je daar nou van zeggen dat iemand daarmee de onaantastbaarheid van het lichaam van een ander in gevaar heeft gebracht?' Sommige rechters zeggen van wel. Ik vind dat ook. Ik vind namelijk – zelfs al ben je alleen een downloader – jij laat ergens anders kinderen misbruiken, zodat jij je handen niet vuil hoeft te maken, maar je houdt dat hele netwerk in stand. Door vraag en aanbod zorg je ervoor dat er nog meer kinderen misbruikt worden om maar aan die vraag naar kinderporno te voldoen. Dus ik vind dat je indirect kinderen in gevaar brengt door aan dat hele kinderpornonetwerk mee te doen. De lichtste vorm; dan hebben we het nog niet eens over producenten. Maar er zijn ook een heleboel rechters en dat is eigenlijk de teneur de laatste jaren – het ging een tijdje goed – die zeggen: 'nee, ik moet echt aanwijzingen hebben dát of hij moet eigenlijk al een keertje seksueel misbruik *hands on* gepleegd hebben en dan kan ik pas ofwel een langere tbs opleggen ofwel een lange proeftijd opleggen'. Er zijn ook een aantal hoven geweest in tbs zaken die hebben gezegd 'nee, dat criterium is niet van toepassing' en dat heeft dus direct ook werking op onze eisen van langere proeftijden. Wij willen heel graag die mensen niet in de gevangenis stoppen. Want vaak hebben ze gewoon een baan en een gezin en dat moet je allemaal niet doorbreken, maar ze moeten wel behandeld worden. Maar dan hebben ze dus een langere proeftijd nodig dan die standaard drie jaar.

En dan is er nog iets raars daarin. Als je kijkt naar de dierenporno en de dierenseksartikelen, daar is expliciet in datzelfde art. 14b aangegeven dat er een ander criterium voor dierenporno is. Daar staat niet het criterium dat de onaantastbaarheid van het lichaam gevaar moet lopen, zoals bij kinderporno, maar daar staat iets over schending van het welzijn van het dier. Als daar sprake van is, dan kan je dus een langere proeftijd opleggen en eventueel ook een tbs dwang. Nou, volgens mij is dat criterium lichter dan de onaantastbaarheid van het lichaam. En voor dieren staat expliciet genoemd dat als je het welzijn van een dier benadeelt, je een langere proeftijd en tbs met dwang kan krijgen. Dus dieren worden op dit moment beter beschermd dan kinderen eigenlijk.

#25 Overwogen zou kunnen worden het in art. 22b lid 2 Sr neergelegde verbod een taakstraf op te leggen in het geval van overtreding van art. 240b Sr te schrappen. (R3; R5)

- Het in art. 22b lid 2 Sr neergelegde taakstrafverbod beknelt de rechter in zijn mogelijkheden een passende straf op te leggen. (O5; R3; R5)

- Er is een behoorlijke groep mensen die onder het bereik van art. 240b Sr valt, maar waarbij een onvoorwaardelijke gevangenisstraf niet op zijn plaats is. (R3; R5)

Officier 5
We zijn eigenlijk gedwongen om – al is het alleen al door al die verboden die we krijgen om taakstraffen en zo op te leggen – zwaardere straffen op te leggen, gevangenisstraffen op te leggen, terwijl we ze het liefst eigenlijk gewoon een behandeling zouden willen geven. We krijgen steeds minder keuzevrijheid. Bij iedereen die zich met kinderporno bezighoudt wordt gelijk altijd aan Dutroux en Robert M. gedacht, maar er zitten gewoon heel normale mensen tussen die wel redelijk van het pad af beginnen te raken en waar je nog in kan grijpen. Maar niet als alles is schreeuwen om jaren gevangenisstraf, terwijl de wet het ons eigenlijk alleen maar moeilijker maakt om die mensen langer in de gaten te houden. Dat zijn gewoon van die dingetjes; daar is gewoon telkens niet over nagedacht.

Rechter 3
Het taakstrafverbod op dit artikel zou wat mij betreft eruit moeten. Als je kijkt naar hele categorieën van plegers van dit delict, dan denk ik: 'dat zijn nou niet per se de mensen die je meteen wilt opsluiten'. Er is een hele grote zieligheidscategorie zeg maar: mensen die heel sneu achter de gesloten gordijnen naar wat vieze plaatjes zitten te kijken en die denk ik op een andere manier bejegend zouden moeten worden dan met een onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Je hebt natuurlijk een hele *range* van delinquenten op dit gebied van 'een beetje zielig naar een paar verkeerde plaatjes kijken' tot 'echt grootschalig misbruik en er dik in zitten'. En dan heb je wat weinig differentiatiemogelijkheden in straf door die dwingende bepaling van art. 22b Sr.

Als zich zo'n geval voordoet, dan ga je toch weer creatief met de wet om door één dag op te leggen of de voorlopige hechtenis dan als onvoorwaardelijke gevangenisstraf een deel opleggen en daarnaast een taakstraf met een behandeling of wat de reclassering dan ook maar adviseert bijvoorbeeld. Maar het is niet dat je dan meteen maar hoog in de boom gaat zitten omdat de wet dat voorschrijft. Wij voelen ons echt bekneld door deze bepaling. Het wringt: je wilt niet, maar je moet. Dus dan heb je soms het voordeel als iemand inderdaad een of twee dagen in verzekering gesteld is en dat je zegt:

'nou, dan pakken we dat en dan met aftrek en dan heeft hij het al uitgezeten'. Maar het voelt niet echt lekker op zo'n manier.

Het gaat dan vaak om eenzame mannen die stiekem wat zitten te kijken, bijvoorbeeld doorgaans naar normale porno, maar ook eens nieuwsgierig zijn naar wat dat dan is. Waar een beperkte hoeveelheid plaatjes van zijn aangetroffen en waar de reclassering van zegt: 'iemand zou eigenlijk een sociale vaardigheidstraining moeten doen, op het gebied van seksualiteit een training moeten doen, maar hij is verder totaal ongevaarlijk – niet bezig met het verspreiden, niet bezig met het vervaardigen'. Dan denk je: 'god, waarom moet zo iemand nou de gevangenis in?' Zeker wanneer er geen recidive is. Er zijn nog zo veel andere mogelijkheden.

Rechter 5

We zitten soms in onze maag met art. 22b. We hebben er wat discussies over hoe je omgaat met dat artikel als je stellig vindt dat hier geen onvoorwaardelijke gevangenisstraf past. Moeten we ons dan in allerlei bochten gaan wringen? Zoals iemand die bijvoorbeeld drie dagen in voorarrest heeft gezeten, drie dagen onvoorwaardelijke gevangenisstraf opleggen en een heel groot deel voorwaardelijk, met aftrek van voorarrest – dus in feite hoeft hij niet te zitten – plus een forse werkstraf? Wij voelen ons beperkt door dat artikel, want we willen straffen op maat en dat artikel maakt het moeilijker. Het zou geschrapt moeten worden. Het heeft ook in die zin geen meerwaarde. We zoeken uitwegen. Je mag in principe geen taakstraf opleggen, bijvoorbeeld in zo'n ontuchtzaak, en daar kun je van afwijken indien je naast de taakstraf een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf oplegt. En wat je vaak bij de kinderpornozaken ziet is dat we vinden dat iemand niet onvoorwaardelijk de gevangenis in moet, maar als we hem dus geheel voorwaardelijk zouden straffen, dan gaan we mogelijk in strijd met de wet handelen. Dat willen rechters natuurlijk niet, dus proberen we aan de hand van interpretatie een oplossing te kiezen die in het wettelijk systeem past, zoals het opleggen van een geldboete en een voorwaardelijke gevangenisstraf. De rechter gaat dan lager zitten, via die taalkundige uitweg. Daar hebben we wel eens discussie over, hoe moet je dat uitleggen, maar de lijn is dat dat dan wel mag, alleen voorwaardelijk, terwijl je eigenlijk vindt dat iemand toch ook wel flink moet werken bijvoorbeeld. Maar er staat: je mag wel een taakstraf opleggen, maar dan moet je ook een onvoorwaardelijke gevangenisstraf erbij doen. En dan is die oplossing van het deel in voorarrest als onvoorwaardelijk deel opleggen heel aantrekkelijk. Dat is dan soms maar één dag of drie dagen of zo.

Waarom wij geen hoge straf willen opleggen, heeft ermee te maken dat het nogal eens voorkomt dat het gaat om mensen met een blanco strafblad. Het feit wil ook nog wel eens wat oud zijn, dus één, twee jaar geleden dat het gebeurd is. In die tijd heeft iemand inmiddels op vrijwillige basis al hulp gezocht en blijkt er allerlei sociale problematiek te zijn. Er zijn veel mensen die geïsoleerd leven zeg maar. Nou dat wordt nu een beetje opgevijzeld: dagbesteding gevonden, iemand is al weggepest uit de buurt, want kinderporno, heeft een tijd bij zijn ouders gewoond en heeft net weer een flatje. Nou, als je

daar dan een onvoorwaardelijke gevangenisstraf op gaat leggen zoals geëist door het OM, en dan hebben we het vaak over een half tot een heel jaar gevangenisstraf – er worden forse straffen geëist vinden wij – dan doorbreek je dat allemaal en dan is de vraag of je dat moet willen. Er moet ook een vergelding in zitten uiteraard, maar je wilt ook dat je voorkomt dat iemand dit in de toekomst nog een keer gaat doen en dat werkt niet door iemand die alles net allemaal weer een beetje op de rails heeft, tien maanden op te sluiten. Maar ja, het blijft wel kinderporno en het is heel vreselijk en daar draagt iemand aan bij. Dus ik snap op zichzelf dat de roep om daar zwaar voor te straffen sterk gehoord wordt. En het gaat makkelijk: je drukt op de knop en je hebt zo tienduizend plaatjes binnen. Dat is geen excuus ervoor, maar het is ook wel de vraag of dat gedrag het waard is om iemand tien maanden voor naar de gevangenis te sturen, waar we iemand bij bijvoorbeeld fors geweld misschien drie maanden de gevangenis in sturen.

En zo zit het ook bij aanranding en bijvoorbeeld bij hand op de kont en hand onder het T-shirt, wat op zich voor de betrokkene heel naar is, en dan kom je al snel dat je in 22b zit en is dat een gevangenisstraf waard? En zit je dan niet op een lijn waarvoor de ontuchtartikelen helemaal niet bedoeld zijn om strafbaar te stellen, maar het gebeurt toch want het is vervolgingsbeleid en dan worden we vervolgens gedwongen door 22b om daar onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor op te leggen. Ja, daar word ik niet heel gelukkig van en met mij heel veel anderen niet. Wij zitten hier natuurlijk om ook wel maatwerk te leveren vinden wij en dat wordt zo bemoeilijkt.

#26 Overwogen zou kunnen worden de maximale strafhoogte van vier jaar voor bepaalde in art. 240b Sr opgenomen gedragingen te verhogen. (O3; A2) (zie #14, #15 en #17)

- De rechterlijke macht vat de strafwaardigheid van kinderpornografie minder zwaar op dan de Tweede Kamer, de maatschappij en het Openbaar Ministerie. (O3)

Officier 3 (zie ook passage onder #17)

Bij kinderporno zit een dubbelheid die nog steeds niet over is. Die is al vanaf het begin van het ontstaan van het artikel aan de hand, maar de ernst van het feit wordt lang nog niet altijd zo beleefd. De mensen die het kijken worden lang niet altijd… De rechtspraak verwijst naar de oriëntatiepunten van de rechtspraak – 240 uur en zes maanden is het uitgangspunt – terwijl de wetgever heeft bepaald dat er ten minste een onvoorwaardelijke detentie op moet staan. De rechtspraak heeft daar een ander oriëntatiepunt gekozen. Je ziet echt dat het heel erg moeilijk is om daar op één lijn over te komen met de rechtspraak. Door het Openbaar Ministerie wordt anders over dit thema gedacht dan door de rechterlijke macht. Het Openbaar Ministerie voert uit wat de wetgever hierover heeft besloten en de rechtspraak volgt daarin niet per se de ernst die gevoeld wordt in de Kamer en in het maatschappelijk domein enerzijds, en anderzijds hoe dat je het dan beleeft wanneer je iemand tegen-

over je hebt – want dat herken ik ook wel – die daar dan via zo'n *peer-to-peer* programma is aangekomen en die dat dan om allerlei vaak redelijk te volgen redenen is gaan kijken. Er zit een spagaat in het onderwerp. Dit komt ook in de zittingszaal naar voren. Dat is ook logisch, want de rechtspraak beoordeelt het individu en niet het maatschappelijk probleem. Je ziet dat wel terug.

Advocaat 2
Ik denk ook dat het strafmaximum van vier jaar te laag is. Ik denk als het gaat om kinderpornografie met uiterst jeugdige mensen dat dit echt geen recht doet aan het misdrijf. Als er van jouw kind porno gemaakt wordt en dat wordt verspreid op het net, dan vindt je vier jaar gewoon niet goed genoeg. En dan kan het best zijn dat het niet iemands gewoonte is omdat hij net begonnen is, maar vier jaar is eigenlijk te weinig.

3.2.2 Seks met jeugdigen (art. 244, 245 en 247 Sr)

> Artikel 244 Sr
> Hij die met iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 245 Sr
> Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 247 Sr
> Hij die (…) met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

#27 Overwogen zou kunnen worden het seksueel laten binnendringen bij de dader door het slachtoffer onder de reikwijdte van de artikelen 244 en 245 Sr te brengen. (Notitie OM 2014; O1; NRM) (zie #169)

Notitie OM 2014 (document)
'*242/244 Sr – 246/247 Sr – 248f Sr: jongens versus meisjes*
Als een vader zijn dochter dwingt tot het hebben van seks met hem, is de maximumstraf zestien jaar (12 jaar + een derde gezien artikel 248 lid 2). Als een moeder haar zoon dwingt tot het hebben van seks het haar, is de maxi-

mumstraf 10,6 jaar (8 jaar + een derde gezien artikel 248 lid 2). Het verschil is te verklaren uit het feit dat bij de dochter wordt binnengedrongen, terwijl de zoon wordt gedwongen binnen te dringen. Is het werkelijk minder ernstig als je gedwongen wordt tegen je zin bij een vrouw – je moeder – binnen te dringen? Dit is overigens geen verzonnen voorbeeld.'

Officier 1
Ik heb een opmerking te maken bij het seksueel binnendringen in 244 en 245 Sr. Daar is het plegen bij iemand onder de twaalf of onder de zestien waaronder het seksueel binnendringen strafbaar, maar het doen plegen bij de verdachte, dus een jongere dwingen bij de verdachte of een ander binnen te dringen, valt daar niet onder. Er is een situatie geweest waarin een jongen werd gedwongen om zijn moeder te penetreren. Als ik het zo snel zie, dan is die situatie daar niet onder te brengen. Het zou buiten twijfel gesteld moeten worden dat dergelijke gedragingen onder deze bepalingen vallen. Seksueel binnendringen was van oudsher zelfs alleen maar strafbaar bij de vrouw en later ook wel bij de man en bij andere lichaamsopeningen, maar ook deze situatie heeft zich voorgedaan.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Wat we hier zien is het strafbaar stellen van bijvoorbeeld een vader die seksueel binnendringt bij een dochter. Maar er zijn ook moeders die hun zoon dwingen om bij hen seksueel binnen te dringen; dat valt hier niet onder. En ik denk eigenlijk dat met de kennis die we hebben over wat er gebeurt op het gebied van seksueel geweld tegen kinderen, dat dat hier ook thuishoort. Het moet duidelijk gemaakt worden dat dit net zo strafbaar is als andere gevallen, mannen die dit bij meisjes doen of jongetjes.

#28 Overwogen zou kunnen worden buiten twijfel te stellen dat het laten plegen van ontuchtige handelingen bij de dader door het slachtoffer onder art. 247 Sr valt. (Notitie OM 2014; O3)

- Het verleiden/aanzetten/bewegen van de minderjarige handelingen te plegen met de dader valt strikt gezien niet onder het bereik van art. 247 Sr. (Notitie OM 2014; O3)

- In de praktijk leidt het doen laten plegen van ontuchtige handelingen met de dader zelf wel tot een bewezenverklaring van art. 247 Sr. (O3)

#29 Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 247 Sr, hetgeen een strafbedreiging van zes jaar oplevert en anderzijds art. 248a Sr, hetgeen een strafbedreiging van vier jaar oplevert, te herzien. (Notitie OM 2014; NRM) (zie #29H)

- Het is inconsequent dat het iemand van onder de zestien jaar zonder uitlokkingsmiddelen overhalen tot het plegen of dulden van ontuchti-

ge handelingen met een maximumstraf van zes jaar kan worden bestraft (art. 247 Sr), terwijl dezelfde gedraging mét uitlokkingsmiddelen slechts met een maximumstraf van vier jaar kan worden bestraft (art. 248a Sr). (NRM)

Notitie OM 2014 (document)
'Als het gaat om ontuchtige handelingen met of door kinderen onder de 16, niet zijnde seksueel binnendringen, is artikel 247 van toepassing. Dit artikel stelt tekstueel twee vormen van ontucht strafbaar:
- het plegen door de verdachte van ontuchtige handelingen met het kind
- het verleiden door de verdachte van de minderjarige tot het plegen van ontuchtige handelingen met een derde.

Strikt genomen wordt niet strafbaar gesteld het verleiden / aanzetten / bewegen van de minderjarige om handelingen te plegen met de verdachte. In de praktijk wordt dit veelal ondervangen door ten laste te leggen dat de verdachte ontuchtige handelingen pleegt, bestaande uit het *zich laten* aftrekken, het *zich laten* zoenen etc. Door in de tenlastelegging de lijdende vorm te kiezen, kan dan toch 247 Sr worden bewezenverklaard. Er geldt dan een strafmaximum van 6 jaar.

Dit levert wel een bijzondere verhouding op met artikel 248a Sr. Daar is namelijk wel met zoveel worden strafbaar gesteld het "bewegen tot dulden" van ontuchtige handelingen die gepleegd zijn door de verdachte ten opzichte van de minderjarige. Artikel 248a Sr kent in die zin de lijdende vorm al in de tekst van de wet. Echter, als er gekozen wordt voor tenlastelegging van artikel 248a Sr in plaats van artikel 247 Sr in een lijdende vorm, dan is er een strafmaximum van 4 jaar in plaats van 6. Een verschil dat lastig te verklaren is.

Een verschil tussen artikel 248a Sr en 247 Sr is dat 248a een uitwerking kent van de wijze waarop de minderjarige moet zijn aangezet/verleid/bewogen tot dat dulden van die ontuchtige handelingen. Het gaat daarbij om het aanzetten/verleiden/bewegen door giften of beloften van geld of goed, door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding. Maar het is lastig voor te stellen dat de wetgever echt heeft beoogd juist een lager strafmaximum te bewerkstelligen voor aanzetten/verleiden/bewegen op deze specifiek genoemde wijze.

In de jurisprudentie worden de zedenartikelen ook niet op deze manier als onderlinge specialis gezien. Het staat het OM dus vrij om in gelijke gevallen te kiezen voor een – in de lijdende vorm tenlastegelegde – overtreding van artikel 247 Sr of een overtreding van 248a Sr, in vergelijkbare gevallen. Zo is bijvoorbeeld een redelijk leeftijdsverschil tussen verdachte en de minderjarige voldoende om aan te nemen dat er sprake is van een "uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht". (…)

<u>Voorstel:</u> Wijzig de tekst van 247 Sr op een zodanige wijze dat zonder twijfel strafbaar is het doen plegen van ontuchtige handelingen met de verdachte zelf. Bekijk de samenhang van 248a Sr en 247 nader, pas de teksten op

elkaar aan en maak duidelijk waarvoor nu precies wel en niet het strafmaximum van 6 jaar geldt.'

Officier 3
De zedentitel is zo ingewikkeld, dat iemand die twaalf jaar zedenzaken doet bij het OM nog steeds elke keer in de wet moet kijken om te zien wat het ook al weer is. Zo is het ook met art. 247 Sr. Hoe langer ik met art. 247 werk, hoe onduidelijker ik hem vind. Eigenlijk staat er niet dat als jij de minderjarige verleidt tot het plegen van handelingen met jouzelf, dat dat dan onder 247 valt. Dat is raar, want waar moet je het dan kwijt? Er zijn wel allerlei artikelen waar je het kwijt kan, maar in 247 kan je het misschien niet kwijt. We doen het altijd wel. We zeggen gewoon dat hij zich bijvoorbeeld heeft laten pijpen door de minderjarige, waarmee hij de ontuchtige handelingen pleegt door zich… Maar dan kies je dus een lijdende vorm, terwijl de tekst van de wet alleen de derde benoemt. Dat is vreemd. Er is nooit iemand die daar een probleem van maakt, dus we redden ons er uitstekend mee, maar het is eigenlijk heel gek. Art. 247 Sr zou zo geformuleerd moeten worden dat buiten twijfel staat dat dit onder de bepaling valt. Het is een soort van 'overvolledigheid' lijkt het, waardoor het weer onduidelijk is geworden.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Door iedere keer een nieuw artikel er aan toe te voegen, zie je eigenlijk ook dat die inconsequentie steeds groter wordt. Als je kijkt naar 248a, dan gaat het ook weer om een slachtoffer jonger dan achttien jaar. Want 248a gaat over onder de achttien en 247 over onder de zestien. Maar onder de achttien houdt ook in onder de zestien. Op 247 staat een strafbedreiging van zes jaar en op 248a staat vier jaar, dus als een zestienminner is overgehaald tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen zonder een uitlokkingsmiddel is de strafbedreiging zes jaar en mét een uitlokkingsmiddel is dat vier jaar. Dat is wonderlijk.

#30 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt' te schrappen uit art. 247 Sr. (A3)

- Dit bestanddeel is beter op zijn plaats in andere bepalingen. (A3)

Advocaat 3
Wat ook niet prettig is aan art. 247 is 'laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen met een derde verleidt'. Dat is ook een onderdeel waarvan ik denk: dat zou je los moeten weken. Er zijn andere artikelen waar dat beter onder gevoegd zou kunnen worden, denk ik. Het is echt een samenraapsel. Dit zou in een aparte delictsomschrijving opgenomen moeten worden.

#31 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of de leeftijdsgrens van zestien jaar in de artikelen 245 en 247 Sr nog adequaat is. (O3; O4; O5; A4)

#32 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of het mogelijk is meer handvatten te bieden met betrekking tot de vraag wat voor een handelingen 'ontuchtige handelingen' opleveren in het kader van de artikelen 245 en 247 Sr. (O3; O4; O5; A4)

- De in de artikelen 245 en 247 Sr neergelegde strafbaarstellingen zijn in strijd met het zelfbeschikkingsrecht van jeugdigen om te kunnen beslissen met wie ze seks hebben. (A4)

- Er heerst rechtsongelijkheid met betrekking tot de vraag wat voor een handelingen 'ontuchtige handelingen' opleveren. (O3; A4)

- De in de jurisprudentie ontwikkelde criteria om het ontuchtige karakter van handelingen te beoordelen zijn te vaag, te subjectief en te restrictief. (A4)

- De in de jurisprudentie ontwikkelde criteria om het ontuchtige karakter van handelingen te beoordelen zijn in beginsel helder. (R1)

- Jongeren hebben er recht op te kunnen voorzien wanneer seksuele handelingen met iemand onder de zestien jaar een strafbare gedraging opleveren. (A4)

#33 Overwogen zou kunnen worden het afgeschafte klachtvereiste bij art. 245 Sr weer in te voeren. (A4; R3)

- Het komt in de praktijk regelmatig voor dat de hoorplicht onvoldoende serieus wordt genomen, in die zin dat het vermeende slachtoffer pas na de vervolging wordt gehoord. (R3)

Officier 3
Er wordt wel veel overgelaten aan de praktijk waar het gaat om de vraag of het wel ontuchtig is of niet. Dat is een van de lastige dingen bij het beoordelen van zedenzaken. Meiden van vijftien met jongens van drieëntwintig – wat toch wel heel vaak voorkomt – en vooral als de ouders er dan niet achter staan en dat gecombineerd met 167a Sv. Wat moet je daar dan mee? Dat is echt een bewerkelijk stukje van de zedentitel. Het zou fijn zijn als er nog meer helderheid mogelijk is van wetgevingswege, maar tegelijkertijd denk ik dat de grens wel goed is. Af en toe vraag je je wel eens af: is zestien niet te oud? Maar de voorbeelden waarin je ziet dat zestien niet te oud is zijn ook legio. Je zit met een grijs stukje. Volgens mij klopt het nog steeds wel die zestien jaar. We komen er ook wel uit hoor in de praktijk. Het is vaak veel uitleggen. Je ziet ook nog wel dat het in de maatschappelijke discussie alle kanten op gaat. Dat je soms als OM bekeken wordt: 'waarom vervolg je dat nou?' En soms: 'waar-

om vervolg je dat nou niet?' Zodra dat allebei even vaak voorkomt, zit je ongeveer, denk ik, in het midden. Ik denk dat het op zich een mooie oplossing is. Het leidt wel tot rechtsongelijkheid, want het hangt sterk van de kamer van de rechtbank af die je treft met welke straf je wordt bestraft. Er is wel veel rechtsongelijkheid zo rond de vijftien/zestien. Dus daar zijn wel verschillende opvattingen over. Niet zozeer in de tekst van de wet, maar als men de titel gaat herzien, is het wel goed om ook daarover in de memorie goed te overwegen: wat is nou de overweging om het wel of niet op zestien te houden? Vinden we nog steeds wat we toen gezegd hebben over die vrijwilligheid en klopt de jurisprudentie nog met hoe er democratisch naar gekeken wordt? Dat zouden mooie vragen zijn om ook weer in de memorie te beantwoorden om daarin weer wat richting te geven aan de rechtspraak. Is dit nog steeds wat we willen? Het moet in elk geval in de memorie worden besproken.

Er heerst nu heel erg dat kinderen steeds jonger worden en verder gaan met seks hebben. Dat is maar ten dele het geval, heb ik begrepen. Volgens de laatste onderzoeken van de Rutgers Stichting die ik heb gezien, is dat niet zo. Het is wel het beeld, maar voor zover mij bekend is dat niet de werkelijkheid. Wel is het zo dat ze jonger andere soorten dingen doen en vragen. Dan is het nog de invloed van de porno die ze allemaal zien en zo. Maar het gaat vooral om de emotionele rijpheid van iemand; of iemand voldoende emotioneel in staat is om dat hele complex wat seks is ook te kunnen verwerken. Als je dat niet goed kan, is mij uitgelegd, dan ontstaat daardoor de schade. Het is niet zozeer de seks zelf die de schade maakt, maar het feit dat je emotioneel niet volwassen genoeg bent om al die complexiteit daarvan goed te plaatsen. Daarmee krijg je die mogelijke beschadigingen die levenslang zijn. Dat zijn wel facetten die je ook daarin goed moet meewegen. Ik weet dat het onderzoek niet zo ver gaat, maar mocht je daarover discussie krijgen, dan zou je ook de wetenschap rondom dit soort dingen erbij moeten betrekken. Als je zou zeggen 'we vinden dat het ook wel een jaartje lager kan', dan zou je er echt eerst goed naar moeten kijken of dat ook wel zo is.

Officier 4

Leeftijdsgrens vind ik een lastige. Wat in mij op is gekomen is het knelpunt van ontuchtigheden. Dat is nu door de jurisprudentie ingevuld. Waar je ook een enkel moreel arrest kunt zien.[36] De concrete casus was trioseks. Het gaat mij om de rol van het meisje. Het meisje wordt over het algemeen extra beschermd ten opzichte van jongens. Over het algemeen, als het gaat om een meisje van vijftien á vijftien en half – in ieder geval nog geen zestien – en jongens die daar nét boven vallen, dan zijn er in de jurisprudentie criteria uitgedacht om invulling te geven aan het begrip ontuchtigheid. Enerzijds lijkt mij van belang het ruim te houden, maar anderzijds, als je de hele zedenparagraaf tegen het licht houdt en je die leeftijdsgrenzen nader bekijkt, dan rijst de vraag of dit begrip 'ontuchtigheid' nadere concretisering behoeft. In de casus heeft het meisje (vijftien en half) seks met twee jongens: haar eigen vriendje

36 Het gaat om HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794.

(zestien) en een iets oudere jongen van net zeventien jaar, die zij ook kent, maar met wie zij geen relatie heeft. Ze heeft met beide seks; semi-trioseks. De Hoge Raad heeft een principieel arrest gewezen. Het is een meisje in een uiterst kwetsbare positie en daar is misbruik van gemaakt. Dan wordt de verantwoordelijkheid meer bij de jongen gelegd dan bij het meisje. De jongen zit op het VWO en heeft een keurige achtergrond. Hij heeft zich een beetje mee laten slepen, maar natuurlijk ook vanuit de verleiding die vanuit het meisje zelf uitgaat. Van onvrijwilligheid van haar kant, blijkt niet. Dan zegt de wetgever: 'dat doet er niet toe. Kinderen onder de zestien dienen te worden beschermd tegen de verleiding die van henzelf uitgaat.' De vraag die rijst is, is het meisje tegenover de jongen van zeventien een eerlijke partij en wil je dat begrip zo ruim laten als je deze paragraaf opnieuw bekijkt? Is dat nog in de huidige tijd de juiste grens? Dat vind ik een hele moeilijke vraag. Dus het gaat enerzijds om de ontuchtigheid en anderzijds om de leeftijden die worden genoemd. Zijn dat grenzen die wij nog steeds onderschrijven? Misschien moet ik hem zo opwerpen. Het Hof Arnhem heeft ooit gezegd: 'als handvat voor het begrip ontuchtigheid wordt genomen: affectieve relatie, gering leeftijdsverschil en niet-blijkend van dwang of tegen de wil'. Dan is de vraag: wil je dat zo ruim laten; laat je het inderdaad aan de rechter over? Met toch de mogelijkheid van een dergelijk, toch enigszins moreel arrest. Of zeg je: wetgever, hier moet jij een rol pakken? De wetgever moet overwegen of deze lastige problematiek, met name seks tussen mensen met een relatief klein leeftijdsverschil, toch niet nader geconcretiseerd moet worden in de wetgeving of dat je er dan voor vreest dat het te beperkt wordt.

Officier 5
Ik vind dat de leeftijdsdiscussie gevoerd moet worden. Ik vind het redelijk cru dat we eigenlijk gewoon zeggen: iedereen onder de zestien jaar is niet verstandig genoeg om over zijn eigen seksualiteit na te denken of te beslissen. Met opportuniteit komen we wel een heel eind, maar het zijn eindeloze discussies. Ik denk dat we wel echt moeten nadenken of de kinderen van zestien tegenwoordig nog steeds de kinderen van zestien van vroeger zijn. Natuurlijk moet je ze tegen bepaalde dingen beschermen of moet je mensen in zijn algemeenheid tegen bepaalde dingen beschermen, maar het is nu wel heel erg alles of niks. Onder de zestien valt gewoon nergens over te praten in strafrechtelijke zin bij wijze van spreken. Ik denk dat dat nog een redelijk ouderwets idee is. Kinderen zijn gewoon veel seksueel actiever dan wij met zijn allen willen geloven. Het is de vraag of de wetgever zich daar mee moet bemoeien. Dat ligt ook een beetje meer aan de cultuur en de opvoeding. Want het verschilt natuurlijk ook heel erg of je in Staphorst opgroeit of midden in Amsterdam tussen de seksshops bijvoorbeeld. Dat zijn een heel andere soort kinderen. Die meiden die hier in *x* zitten moest je dan af en toe vertellen dat ze toch echt slachtoffer waren geworden van een kelderboxverkrachting. En ze zaten me echt aan te kijken van: 'jij bent gek'. Die zien dat helemaal niet als een strafbaar feit. Dat past gewoon in hun samenleving. Die ouders vonden dat ook normaal. Maar formeel moet je er iets mee. Dus ik denk dat er eens

heel hard over nagedacht moet worden of je alles en iedereen over één kam moet scheren.

En dan dus gewoon de inconsequentie in de wetgeving; dat het de ene keer zestien jaar is en de andere keer achttien jaar is. Voor sommige dingen denk ik dat je nog beneden de leeftijd van zestien kunt gaan. Gewoon voor de seksualiteit van kinderen zelf. Ik denk dat je meer moet gaan werken – wij doen dat in de vervolging wel, maar niet in de wetsartikelen – met situaties waarin sprake is van dwang of hele grote leeftijdsverschillen. Maar wat jeugdigen onderling doen of met onderling goedvinden, of beelden die ze gewoon thuis te zien krijgen omdat dat binnen het gezin heel normaal is, daar moet je van afblijven denk ik. Dat gaat nu via de opportuniteit, maar dat zijn wel eindeloze discussies met heel veel klachten en boze mensen als gevolg. Van pubers die het met elkaar doen onder de zestien zeg ik meestal: ga gewoon je gang. En ga daar vooral niet met het strafrecht doorheen fietsen. Dat is anders als meisjes van dertien met een vent van vijfendertig thuiskomen.

Advocaat 4

'Ontuchtig' is ook een per definitie vage term. Waar die term echt absoluut tekort in schiet is in de discussie als het gaat over seks tussen adolescenten onderling. Daar geldt hetzelfde bezwaar als bijvoorbeeld met kinderpornografie. Daar is ook weer zo veel discussie over. De Hoge Raad legt het uit als: 'meer dan een gering verschil in leeftijd'. Dat is buitengewoon subjectief. De ene rechter zegt dat het verschil tussen veertien en zestien al meer dan gering is – en dus strafbaar is. En je hebt het arrest van de Hoge Raad, op basis van een arrest van het Hof Den Bosch, dat in stand is gelaten.[37] Daar gaat het om twee jongens en één meisje en die hebben een trio. De ene jongen is zeventien, het meisje is vijftien geloof ik, en de andere jongen is ook zeventien. Die ene jongen had dan een relatie met dat meisje en die wordt vrijgesproken, want die had een relatie. De andere jongen had geen relatie en wordt dus veroordeeld. Ja, dat vind ik... Dat is voor die jongen volstrekt onmogelijk om dat van tevoren in te schatten. Gelet ook op jurisprudentie van andere rechters die zeggen: 'nou, zeventien en veertien vinden wij wel een gering verschil in leeftijd'. En er zijn geen omstandigheden zoals dwang of wat dan ook. Dus als het puur gaat om vrijwillige seks, dan is zeventien en veertien eigenlijk heel normaal.

Ik was zelf destijds ook tegen die afschaffing van het klachtvereiste. Ik zie dat er ook vervolgd wordt tegen de wensen in van de betrokken minderjarige zelf. Daarvan werd destijds opgemerkt dat dat allemaal belemmeringen zou opleveren, maar ik heb die belemmeringen nooit gezien in de praktijk. Zoals met dat triootje hier. Dat meisje zelf heeft geen aangifte gedaan; de moeder heeft daarvan aangifte gedaan. Een klachtvereiste zou dan een belemmering kunnen opleveren voor de vervolging. Het is bijna ondenkbaar dat het klachtvereiste weer wordt ingevoerd, want dat zou zo'n achtbaanidee geven. Maar dat zou ik serieus willen. En ik vind dat er serieus beter over

[37] Het gaat om HR 30 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4794.

moet worden nagedacht. Keizer, annotator, heeft daar ook wel eens rechtsvergelijkend onderzoek naar gedaan. Naar over hoe het in het buitenland geregeld is. En ik vind wel dat er meer duidelijkheid moet komen over wanneer seks nou toegelaten is en wanneer niet. Als de Hoge Raad het uitlegt, dan is dat ook maar een uitspraak van de Hoge Raad zelf die niet gebaseerd is op de wetsgeschiedenis. Tenminste, dat kan ik me niet herinneren in ieder geval. Ik vind dat jongeren het verdienen, nee, ik vind dat iedereen het verdient die tussen, laten we zeggen, de zestien en twintig is. Iedereen moet kunnen weten wanneer het strafbaar is om seks te hebben met een jongen of meisje van vijftien jaar. En dat is het nu niet. Een heldere normstelling, in dit geval dus misschien door het specificeren van leeftijden, dat zal absoluut de voorkeur verdienen. Nu ben je volkomen overgelaten aan de nukken van een officier van justitie die denkt van: ‘hier is vervolging wel op zijn plek en hier niet’. Dat is volkomen subjectief. Dus ik vind dat je als overheid een heldere, duidelijkere norm moet stellen. Juist daar is het belangrijk dat jeugdigen weten waar ze aan toe zijn. En als eenentwintigjarige weet je denk ik heel goed dat je geen seks moet hebben met iemand van vijftien, maar het gaat juist om jeugdigen waar veel wordt geëxperimenteerd. De vijftienjarige die met een twaalfjarige seks heeft. Je kunt het *niet* treffen met de officier van justitie (hoewel die twaalfjarige zich dan ook weer schuldig maakt aan een strafbaar feit met die vijftienjarige). Ik vind dat je daar duidelijke normen in kunt stellen en dat moet qua wetgeving ook mogelijk zijn.

En de Hoge Raad toetst uiterst marginaal. Denk aan dat arrest van het Hof Den Bosch. De AG zei dat het vernietigd moest worden; een mooie conclusie. Daar moet je als overheid niet in willen treden, eerlijk gezegd. En dat criterium of je nou een relatie hebt, is een onwerkbaar criterium. Iedere relatie begint met een eerste keer seks hebben. Ben je dan vogelvrij de eerste drie keer dat je seks hebt? Ben je vrij vanaf de vierde keer? Dat is toch onzin! Dus hier was hij heel kritisch over. Maar de Hoge Raad liet het in stand. De annotator Keizer was daar enorm kritisch over. En voor die jongen van zeventien is het een ramp. Die heeft een zedendelict op zijn naam staan. Daar komt hij de rest van zijn leven niet meer vanaf. Als die jongen een opleiding wil volgen, een pedagogische opleiding of de politie of wat ook, dat kan hij gewoon op zijn buik schrijven. Dat is met de huidige toetsing van VOG’s een ramp. Dat heeft geen zin om uit te leggen. Hij heeft helemaal niet zo’n zware straf gekregen. Ik denk een voorwaardelijke taakstraf, maar dat is echt het minste van het kwaad wat hem overkomt.

Ik vind dat die strafrechtelijke bescherming te breed is. Te breed in die zin dat het strijdig is met het zelfbeschikkingsrecht van jeugdigen om te kunnen beslissen met wie ze seks hebben. Het moet voor een adolescent van vijftien vrijstaan om seks te hebben met iemand van achttien, zonder het risico dat die sekspartner daarvoor wordt vervolgd. Als je kijkt naar de analyse van de Rutgers Stichting, dan zie je dat de leeftijd waarop jeugdigen beginnen met seks, eigenlijk steeds vaker daalt naar twaalf jaar. Dat is toch een significant gedeelte van de jeugdige seks. Dat doen ze. Dan zijn ze daartoe kennelijk in staat. Dan zijn ze kennelijk in staat om daar beslissingen in te

nemen. Dat betekent ook dat je die wetgeving daaraan, volgens mij, moet aanpassen. Dat ze mondiger zijn en beter in staat zijn om zichzelf te beschermen tegen iemand die daar kwaad mee wil. En dan bedoel ik dan andere jeugdigen.

Rechter 1
Wat ontuchtig is, dat vind ik netjes gedaan. Daar hebben we hele oude rechtspraak over die helder is. Je zet het af tegen wat gebruikelijk is. Je zou je nog kunnen afvragen: moet je dat naar de groep toe waar het zich afspeelt doen? Ik denk dat de algemene heersende normen bepalend zijn en niet een heel extreem conservatief c.q. extreem liberalistisch genootschap. De algemeen geldende normen zijn gewoon dat je van elkaar afblijft; dat je de grenzen in beginsel respecteert. En dat het ingewikkeld wordt als een jongen van zeventien met een meisje van vijftien iets doet. Maar goed, dat heeft zich allemaal opgelost in de praktijk. Het is moeilijker om het helderder te maken. Op het moment dat je echt vindt dat de huidige rechtspraktijk op dit punt niet voldoende is, dan denk ik dat het aan de wetgever is.

Rechter 3
Ik heb nog een punt dat te maken heeft met het verdwijnen van het klachtdelict en de invoering van de hoorplicht voor de officier van justitie. Wat we in de praktijk vaak tegenkomen – dat is niet iets waar de wetgeving wat aan kan doen denk ik – is dat de officier vergeet om het slachtoffer te horen. Een vervolging start met alle toeters en bellen en dan denkt hij ‘o ja, ik moest ook nog de mening van het slachtoffer vragen’. Dat gebeurt dan pas achteraf en dan komt het voor dat een slachtoffer zegt: ‘maar dat was volledig vrijwillig en ik wil helemaal niet dat er vervolgd wordt, want we hebben dat samen gedaan’. En dan wordt er toch gewoon doorgegaan met de vervolging met alle schade van dien ook. Soms ook voor het slachtoffer dat ook bekend wordt, maar ook voor een verdachte. Dan denk ik: dat kan toch niet de bedoeling zijn geweest van het verdwijnen van het klachtvereiste dat er door het Openbaar Ministerie op die manier wordt omgegaan met de mening van jeugdigen. Want ik denk dat het toch wel heel belangrijk is van ‘hoe ervaart een jeugdige zelf wat er gebeurd is?’ Dat zou een belangrijke factor in de afweging moeten zijn. Het OM zegt nu ‘wij vinden dat het niet kan of mag, dus we gaan vervolgen’, terwijl een minderjarige daar heel anders over kan denken en daar echt bezwaren tegen heeft. En je hebt natuurlijk ook dat schemergebied van seksuele ontwikkeling en handelingen die objectief gezien binnen een delictsomschrijving passen, maar in die situatie en die context daar niet in gevat zouden moeten worden. Net zoals onlangs die uitspraak over dat triootje.[38] De rechtbank heeft daar gezegd van: ‘binnen die situatie vinden we dat niet ontuchtig; dat waren jeugdigen die aan het experimenteren waren en met *consent* daar allemaal aan mee hebben gedaan’. Dat dat misschien niet de norm is van de meeste mensen om op je vijftiende een triootje te doen, dat wil niet zeggen

38 Het gaat om Rb. Rotterdam 3 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4933.

dat het daarmee een strafbaar feit is. In ieder geval is het zo dat als je door je eigen bril kijkt en denkt ‘dat kan zo niet en dat moet wel met misbruik of met dwang geweest zijn, want anders doe je dat niet’, maar dat is natuurlijk niet altijd zo. Aan de ene kant zou het een goed idee zijn het klachtvereiste weer in te voeren, omdat daarmee meer gewicht wordt gegeven aan de mening van een slachtoffer, een vermeend slachtoffer. Aan de andere kant denk ik dat het ook wel goed is dat er toch beschermd kan worden ook al wil een slachtoffer geen klacht indienen. Dus de argumenten die ten grondslag hebben gelegen aan het schrappen van het klachtvereiste kan ik ook heel goed volgen, maar dan zou het OM wel de hoorplicht serieuzer en in het voorstadium echt goed moeten benutten en niet pas als er al allerlei dwangmiddelen zijn toegepast. Ze moeten daar dus echt een serieuze afweging in maken. Dat zou je ook meer in de sfeer van aanwijzingen of zo richting het OM kunnen doen. Dan zit je soms op zitting elkaar aan te gapen van: ‘ja, wat doen we hier nu eigenlijk, want het slachtoffer wil dit niet en geeft daar ook een goede uitleg aan’. Dan heb je al snel dat het ontuchtige karakter op losse schroeven komt te staan en dan zit je daar met een helemaal opgetuigde zitting die eigenlijk alleen maar voor iedereen schadelijk is.

#34 Overwogen zou kunnen worden de gronden die nu volgens de jurisprudentie het ontuchtige karakter aan de seksuele handelingen als bedoeld in art. 245 Sr doen ontvallen op te nemen in een bijzondere strafuitsluitingsgrond. (A1)

#35 Overwogen zou kunnen worden consensuele seksuele contacten tussen jongeren met een gering leeftijdsverschil van strafbaarheid uit te sluiten door middel van een strafuitsluitingsgrond. (A2)

- Enerzijds is het minder prettig het Openbaar Ministerie al te veel discretionaire bevoegdheid toe te kennen bij de vervolgingsbeslissing. Anderzijds bergt het opnemen van een strafuitsluitingsgrond het gevaar in zich dat ongewenste praktijken, zoals loverboyzaken, buiten het bereik van het strafrecht vallen. (A2)

Advocaat 1
De tweede opmerking is dat we in de praktijk bij jeugdzaken vaak aanlopen tegen relaties van mensen tussen de twaalf en de zestien. Daar vindt ook seks plaats. Dat mag niet. Rechtspraak is er wel: het moet een gelijkwaardige relatie zijn, waardoor het ontuchtige karakter aan de handeling kan ontvallen. Hierbij ben je echter overgeleverd aan de rechter. Dit zou wellicht kunnen worden opgelost door de wetgever door een soort ‘escape’ in te bouwen in de wet. Het vrijwillige seksuele contact tussen meisjes en jongens tussen twaalf en zestien moet nu worden opgelost bij de rechter. Dit is lastig. Wellicht zou door een creatieve wettekst een uitzonderingsgrond kunnen worden gemaakt. Dat zou opgelost kunnen worden door een rechtvaardigingsgrond.

Een bijzondere strafuitsluitingsgrond is meer voor de hand liggend, met een aantal voorwaarden waaraan moet worden voldaan. Er moet dan een expliciete uitzondering worden gemaakt voor mensen tussen die en die leeftijd en dan is het vervolgens aan de officier van justitie om te kijken of aan de voorwaarden is voldaan. Bijvoorbeeld de voorwaarde dat je een gelijkwaardige relatie hebt of een min of meer gelijke leeftijd. Bij de wetsgeschiedenis kan dan aandacht worden geschonken aan wat hieronder moet worden verstaan. Nu is het per definitie strafbaar en worden dit soort zaken altijd vervolgd. Een verzoek om te seponeren wordt in de praktijk niet snel gehonoreerd. Een aangifte wordt vaak met de nodige druk vanuit de ouders gedaan. Het is de vraag of deze 'ongewenste' relatie gelijk in het strafrecht moet worden gedrongen. Hiervoor zou een oplossing kunnen worden gevonden middels een strafuitsluitingsgrond.

Advocaat 2
Dan hebben we nog het probleem van het vrijwillig seksueel contact tussen mensen met een gering leeftijdsverschil. Dan krijg je bijvoorbeeld een jongen van zestien en een meisje van vijftien. Daarvan zou ik menen en hopen dat het Openbaar Ministerie zo wijs is om te zeggen 'die gaan wij niet vervolgen', maar goed, daar kan twist over zijn natuurlijk. En misschien moet je dat opnemen in de wet. Dat je zegt: niet strafbaar is hij die (bijvoorbeeld) de leeftijd van negentien nog niet heeft bereikt en die zich er bovendien van heeft vergewist dat de ander het wilde. Bij zo'n uitzonderingsbepaling zou ik mezelf iets veiliger voelen, omdat ik niet zo heel veel vertrouwen in het Openbaar Ministerie heb.

Maar als je denkt aan loverboyachtige praktijken moet je daar ook weer mee uitkijken. Dan gaan ze hun jongere broertjes inzetten om de dames alsnog... Aan de andere kant denk ik dat het van alle tijden is. Ik vind dat we niet al te zedenmeesterachtig moeten zijn, maar ik vind wel dat áls je een grens aangeeft, dan moet dat ook gewoon echt de grens zijn. En dat ik dus wel zou vinden: beneden de zestien niet, tenzij de andere partij jonger is dan negentien en met instemming van de persoon jonger dan zestien. Maar wat dan als je iemand van achttien hebt en iemand van dertien? Dan blijft natuurlijk de vraag: waar houdt het op? Als je er zo naar kijkt, is er meer voor te zeggen om het aan het OM te laten dan wel uiteindelijk aan een rechter om eventueel geen straf op te leggen.

#22H Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van art. 240b Sr (achttien jaar) en art. 245 Sr (zestien jaar) op elkaar af te stemmen. (O5; A1) (zie #22)

- Het is wonderlijk dat iemand wel een seksuele relatie mag hebben met iemand van zestien of zeventien jaar, terwijl het in bezit hebben of anderszins van een afbeelding met een seksuele gedraging van iemand van zestien of zeventien jaar wel strafbaar is. (O5; A1)

- Een zeventienjarige die een seksueel getinte foto van zichzelf maakt, valt te bestempelen als een producent van kinderpornografie in de zin van art. 240b Sr. (O5)

Officier 5
Dus je hebt situaties waarin je als zeventienjarige wel van alles mag, maar bepaalde dingen weer niet omdat dat weer onder de leeftijdsgrens van achttien valt. Bijvoorbeeld met betrekking tot kinderporno dan. Dat vind ik altijd zo grappig. We hebben natuurlijk heel veel van die superactieve pubers die allemaal selfies van zichzelf maken. Je mag op je zeventiende de meest gruwelijke SM-seks met alles en iedereen gaan houden – wat je maar wilt – dan ben je vrij dan en mag je wel over jezelf beslissen. Als je zestienminner bent nog niet, maar als je zeventien bent wel. Maar als je een naaktfoto van jezelf maakt, dan ben je een producent van kinderporno. Je mag die seks wel hebben, maar je mag er geen afbeelding van maken. Dat geldt ook voor jezelf; dat maakt niet uit. En dat is bij deze artikelen ook het geval. Waarom is dit nou ineens achttien?

Advocaat 1
Bij art. 245 ligt de grens bij zestien jaar, wat betekent dat je geen seksuele relatie mag hebben met iemand die jonger is dan zestien jaar. Als iemand zestien of zeventien is, dan mag dat wel. Wanneer je plaatjes hebt van iemand van zestien of zeventien met seksuele gedragingen erop, dan mag dit niet – het valt immers onder art. 240b Sr. De leeftijd – zestien jaar, achttien jaar – het onderscheid snap ik met het oog op de wetsgeschiedenis, maar het is niet duidelijk. Het is niet helder voor de verdachte, dus voor de burger. Die grens zou wat mij betreft op één leeftijd gesteld kunnen worden: zestien óf achttien jaar.

#36 Overwogen zou kunnen worden de jeugdige leeftijd en de lichamelijke en geestelijke onmacht niet onder één noemer te behandelen, zoals nu het geval is bij art. 247 Sr. (O2; A3; A5; R2) (zie #36H)

- Het is niet wenselijk een volstrekt verschillende thematiek onder een en dezelfde delictsomschrijving te brengen. (O2; A3; A5; R2)

Officier 2
Dat de jeugdige leeftijd in art. 247 wordt gecombineerd met vormen van fysieke en geestelijke onmacht is natuurlijk erg vreemd. Het is systematisch lastig en maakt het artikel ook zo moeilijk toegankelijk. Het zou mijn voorkeur hebben die jeugdige leeftijd eruit te halen en ergens anders te plaatsen. En als in een concreet geval sprake is van overlapping – het slachtoffer was bijvoorbeeld vijftien én stevig onder invloed van alcohol – dan kan ik altijd nog kiezen wel of geen tweeledig verwijt op te nemen en kan ik de bepalingen in elk geval op een logische manier vinden. De samenhang in vormen van

onmacht is overigens wel goed, wat mij betreft. In die zin zouden art. 243 en art. 247 een mooie kopie van art. 242 en art. 246 moeten zijn. Dus als dat maar gewoon mooi parallel loopt, dan hoeven we geen rare sprongen in ons hoofd te maken.

Officier 3
Ik vind het zelf heel vreemd dat die twee dingen in hetzelfde artikel staan. Het zijn echt twee totaal verschillende dingen. Het is heel raar dat 247 gaat over de lichamelijke onmacht en over de geestelijke onmacht en over kinderen. Art. 247 is daarmee heel raar, een verzamelbak. Het is verder wel oké, iedereen die er mee werkt komt er wel uit denk ik, maar het is gek. Het is niet zo mooi.

Advocaat 3
Art. 247 zou echt anders moeten worden geredigeerd. Ik vind het een gedrocht, de samenstelling ervan. Dat kan beter en dat kan helderder. De combinatie van én leeftijd én de andere strafbare omstandigheden voelt niet prettig aan in dit artikel.

Advocaat 5
Als je art. 247 leest, dan is het een samenstel van twee op zichzelf verschillende thema's die verpakt zijn in één omschrijving. Dan zou mijn vraag zijn: zou het misschien handig zijn om dat te splitsen, om het meer thematisch bij elkaar te zetten? Het staat er wel en de praktijk zal ook hier wel mee uit de voeten kunnen denk ik. Maar het komt op mij een beetje wonderlijk over, omdat het een samenraapsel lijkt te zijn van twee onderdelen die thematisch misschien niet helemaal bij elkaar passen. Je zou het ook kunnen rubriceren per onderwerp. Misschien dat dat de logische opbouw ten goede kan komen.

Rechter 2
Art. 247 vind ik een beetje een gedrocht, omdat daar gewoon een aantal zaken door elkaar tezamen worden behandeld en de vraag is of het niet de voorkeur zou verdienen om dat uit elkaar te halen.

#37 Overwogen zou kunnen worden duidelijker dan nu het geval is in de delictsomschrijvingen van de artikelen 244, 245 en 247 Sr neer te leggen dat de leeftijd geobjectiveerd is. (A3) (zie #83)

- Voor gewone burgers is vaak niet evident dat verweren die betrekking hebben op de afwezigheid van opzet of schuld in deze context niet van belang zijn. (A3)

Advocaat 3
Waar ik steeds tegen aanloop is het geobjectiveerd zijn van de leeftijd. Ik heb daar niet zo snel een oplossing voor, maar ik denk dat je met dit soort feiten

heel erg duidelijk moet communiceren dat absoluut niet relevant is of je al dan niet weet of iemand die leeftijd heeft. De wetgever moet duidelijker omschrijven dat de leeftijd geobjectiveerd is. In het strafrecht gaat het altijd om vragen als: heb je iets geweten?; heb je iets kunnen voorzien?; is het opzettelijk?; is het welbewust? Hoe schrijnend het ook is – iemand verkoopt zichzelf als eenentwintig en ziet er ouder uit – mensen hebben de neiging die discussies wel te voeren, maar je moet eigenlijk gewoon heel duidelijk zijn: ongeacht of je het wist of niet, het kenbaar was of had moeten zijn, vinden wij het gewoon niet akkoord. Het gaat echt om de normstelling, omdat dit natuurlijk wel een element is wat in heel veel uitspraken van de Hoge Raad gewoon duidelijk is neergelegd. Voor professionals is het wel duidelijk, maar het moet duidelijk verwoord worden dat het niets te maken heeft met schuld of wetenschap. Al kon je het absoluut niet weten of vermoeden, je zit toch fout.

#38 Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 247 Sr jo. art. 248 lid 2 Sr, hetgeen een strafbedreiging van acht jaar oplevert en anderzijds art. 249 lid 1 Sr, hetgeen een strafbedreiging van zes jaar oplevert, te herzien. (Notitie OM 2014; NRM) (zie #38H)

- Het verschil in strafbedreiging dat tussen de beide bepalingen bestaat is een uiting van inconsequente wetgeving. (Notitie OM 2014; O3; NRM)

Notitie OM 2014 (document)
'249 Sr en 247 jo 248 lid 2 Sr
Sinds de invoering van artikel 248 lid 2 en het daarmee ontstaan van een strafverzwarende grond bij de artikelen 240b, 242, 247 en 248a in onder meer die gevallen waarbij het handelingen tegen iemands eigen kind betreft, is er een vreemde dubbeling ontstaan.

Artikel 249 Sr stelt strafbaar het plegen van ontucht met "zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte". Daar staat een maximumstraf van 6 jaar op. Het gaat hier over minderjarigheid zonder nadere leeftijdsbegrenzing (oftewel: om alle personen die jonger zijn dan achttien jaar).

Artikel 247 Sr stelt onder meer strafbaar het plegen van ontuchtige handelingen met een minderjarige onder de 16. De maximumstraf is eveneens 6 jaar. Artikel 248 lid 2 Sr geeft echter de mogelijkheid deze straf te verhogen tot 8 jaar als er sprake is van iemand die het feit begaat "tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorende tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte".

Kortom: op ontuchtige handelingen met minderjarigen onder de 16 staat in veel gevallen zowel een maximumstraf van 6 jaar, als een maximumstraf

van 8 jaar. Dat is een bijzondere situatie, waarvan niet goed uit te leggen is waarom deze zou moeten blijven bestaan. Bovendien doet deze situatie geen recht aan het bedoelde specialis-karakter van artikel 249 Sr.

Voorstel: herzie de bepalingen 247/248 en 249 op een wijze dat de onderlinge samenhang weer kloppend is en maak een keuze over het uiteindelijke strafmaximum.'

Officier 3 (naar aanleiding van art. 249 Sr)

Art. 249 Sr is een artikel dat weer een heel andere stijl heeft dan alle andere artikelen. Hier moet je vooral letten op de samenhang met 248; de strafverzwaringen. Er zit een hele rare – zeker na de laatste wijziging – overlap in. Elementen die in andere strafbare feiten als strafverzwarende elementen worden gezien, zijn hier het basisfeit. Ik gebruik hem eigenlijk nooit. Dat is een voorkeur. Ik begin met 247 of 245 en die kleed ik dan aan met de omstandigheden. Dat zou mijn voorkeur hebben. Je begint met de seksuele handelingen en dan ga je het aankleden met strafverzwarende elementen en dan kom je dus nooit bij deze, want het is altijd hoger waar je op uitkomt als je het aankleedt dan wanneer je deze kiest. Deze is alleen ook weer in die incestzaken handig omdat dit doorgaat tot achttien, dus ik kies dan voor 245 met strafverzwaring tot zestien en dan 249 voor de periode tussen zestien en achttien. Als ik consequent zou zijn, zou ik dus zelfs moeten zeggen dat je seks onder de achttien strafbaar zou moeten stellen – zo algemeen zoals ik net zei – maar ik snap wel dat je dat in het algemeen niet met kinderen van zestien en zeventien wil doen. Je zou een manier moeten vinden waarop je een soort consequentheid daarin vindt. Vooral de combinatie met 248 vind ik echt heel drakerig geworden.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (naar aanleiding van art. 244, 245 en 247 Sr)

En dan heb je art. 249 lid 1, dat stelt met de strafverzwaring hetzelfde strafbaar als art. 247. Art. 249 stelt voor een deel hetzelfde strafbaar als art. 247; in algehele zin is het natuurlijk een lappendeken die hele zedentitel. Als je twee wettelijke bepalingen hebt die elkaar overlappen, dan lijkt me dat wetstechnisch sowieso niet een goede zaak. Er zou naar gekeken moeten worden of het gesaneerd kan worden. De strafbedreigingen zijn ook anders, en dat is ook gek. Art. 249 is zes jaar als het gaat om kinderen onder de achttien en art. 247 ziet op onder de zestien en hier is een strafbedreiging van acht jaar als het samengaat met de strafverzwaring. Dus art. 247 jo. 248 lid 2 levert acht jaar op en art. 249 levert zes jaar op. En dat is voor de club tussen zestien en achttien; dan geeft dat iets meer dan art. 247 jo. 248 lid 2. Maar voor de kinderen onder de zestien heb je dus dezelfde gedragingen die door art. 247 jo. 248 lid 2 ten laste te leggen een strafbedreiging kennen van acht jaar en als je art. 249 ten laste legt, dan heb je een strafbedreiging van zes jaar. Ik vind dat inconsequente wetgeving. Ik zou zeggen dat dat gesaneerd moet worden.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (naar aanleiding van art. 249 Sr)

Artikel 249 lid 1 stelt voor een deel hetzelfde gedrag strafbaar als wat in 247 jo. 248 lid 2 strafbaar is gesteld. Dus daar zou ik een beter, helderder onderscheid in maken of het echt gelijk trekken. Maar in ieder geval zorgen dat je niet exact hetzelfde gedrag hebt wat verschillende strafbedreigingen kent.

#39 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 244 Sr, waarbij gesproken wordt van 'handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam' en de delictsomschrijving van art. 245 Sr, waarbij gesproken wordt van 'ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam' op elkaar af te stemmen. (R2)

Rechter 2
Ik begrijp wel deels waarom het zo is, maar het gaat hier om art. 244 seksueel binnendringen en art. 245, ontuchtige handelingen die mede bestaan uit... Ik denk dat je dat gelijker zou moeten trekken. Ik begrijp ook wel het verschil, maar ik vind het onhandig op deze manier.

#40 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'buiten echt' te verwijderen uit de artikelen 245 en 247 Sr. (R2; R3; NRM)

- Het bestanddeel 'buiten echt' is overbodig. (R2; R3; NRM)
- Indien een seksuele handeling binnen het huwelijk niet strafwaardig wordt geacht, dan kan straffeloosheid ook worden bereikt door vrij te spreken van het ontuchtbestanddeel. (R3)

#41 Indien het nodig wordt geacht het strafuitsluitende karakter van seksuele handelingen binnen het huwelijk in de wet op te nemen, dan zou overwogen kunnen worden dat in een aparte bepaling aan het eind van de titel op te nemen. (R2)

Rechter 2
'Buiten echt' vind ik redelijk onzinnig; dat heeft geen zin. Het komt nooit voor in de praktijk. Ik weet ook wel dat mensen kunnen trouwen op hele jeugdige leeftijd, maar in de praktijk komen wij het niet tegen. Maar het is wel iets wat je moet bewijzen en dan zegt de Hoge Raad: 'het is wel een feit van algemene bekendheid dat die mensen niet getrouwd waren of zo'. Maar op zich zou je de zitting moeten beginnen met de vraag: 'was u getrouwd met dat meisje?' Nee, natuurlijk niet. 'Buiten echt' moet er gewoon uit. Dan zal je altijd nog aan het eind van de artikelen die over de zeden gaan een restartikel kunnen maken dat die en die artikelen niet van toepassing zijn als…

Rechter 3
Ik zat me af te vragen waarom het 'buiten echt' in art. 245 staat opgenomen en of dat er ook niet gewoon uit kan eigenlijk. Want het moet sowieso ontuchtig zijn, ook als het binnen echt is. Het lijkt me dat het ontuchtige karakter ontbreekt als het binnen het huwelijk is. Ik vroeg mij af: wat is hier de meerwaarde van? Kan het er niet gewoon uit?

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Dat 'buiten echt' is natuurlijk een beetje een antieke toevoeging waarvan ik me afvraag wat daar het nut nog van is. Het kan denk ik verwijderd worden. Ik kan niet helemaal goed zien waar dit op doelt. Want kijk, onder de zestien mag je niet trouwen. Dus dit gaat over kinderen tussen twaalf en zestien, waar zit dan... Niet om het een of ander, maar als een veertigjarige meneer getrouwd is met een veertienjarig meisje en wij vinden dat niet zo´n goede zaak, maar als dat dan binnen echt is, is het dan niet meer ontuchtig? Ik begrijp niet waar dat 'buiten echt' vandaan komt. Toen 'buiten echt' uit art. 242 is geschrapt begreep ik dat wel. Ik dacht misschien is er toen ook over nagedacht waarom het in deze artikelen is gehandhaafd, maar dat is toen kennelijk niet gebeurd. Ook bij art. 247 is 'buiten echt' opgenomen. Ik vraag me bij beide artikelen af wat het daar eigenlijk in doet.

#42 Overwogen zou kunnen worden de term 'seksueel binnendringen', die nu in de artikelen 244 en 245 Sr wordt gebezigd, te vervangen door de term 'binnendringen'. (A2)

- Het woord 'seksueel' in de artikelen 244 en 245 Sr wordt in de rechtspraak te restrictief geïnterpreteerd. (A2)

#43 Overwogen zou kunnen worden geen onderscheid te maken tussen de categorieën onder de twaalf jaar en twaalf tot zestien jaar, zoals nu het geval is bij art. 244 Sr en art. 245 Sr. (A2) (zie #122, #144 en #144H)

- Het verschil in strafhoogte dat nu tussen deze categorieën wordt gemaakt, valt niet te rechtvaardigen. (A2)

#44 Overwogen zou kunnen worden de maximumstraf voor het binnendringen bij jeugdigen onder de zestien jaar hoger te stellen dan de maximumstraf van twaalf jaar die op verkrachting is gesteld. (A2) (zie #135, #135H en #160)

Advocaat 2
Er is in de Tweede Kamer discussie geweest over de vraag of je niet een apart artikel moest krijgen van wat meneer Van der Steur kinderverkrachting noemde. Daar zou de wetgever denk ik wel duidelijker over kunnen zijn. Ik heb altijd gezegd: bij jonge kinderen moet je bijna per definitie geweld toe-

passen wil je überhaupt kunnen binnendringen. Maar het seksueel binnendringen is ook weer een rekbaar begrip in Nederland. We kennen allemaal het frikadelarrest van het Hof Leeuwarden waarin penetreren met een bevroren frikadel niet als seksuele handeling werd gezien. Dan denk ik: '*excuse me*, dat krijg ik niet verkocht aan degene die dat heeft ondergaan'. Misschien moet je dat 'seksueel' gewoon weglaten en zeggen: je mag niet binnendringen bij… En dan wordt er nu ook nog gevarieerd tussen beneden de twaalf en van twaalf tot zestien, waar het een ontuchtige handeling wordt. Dat is ook raar. Waarom wordt er dan niet gezegd: 'gewoon tot zestien mag het niet'. Waarom is het daar opeens een lagere straf? Dat is eigenlijk ook vreemd. Je kunt zeggen 'hoe jonger, hoe ernstiger misschien', maar aan de andere kant, als je kijkt naar onderzoek dat wordt gedaan wanneer iemand zijn eerste seksuele ervaring heeft, dan wordt het wel steeds wat jonger maar nog niet zo jong dat je denkt: 'dat moeten we nu gaan veranderen'. Ik denk dat dat verschil in strafhoogte niet gerechtvaardigd is. Ik denk dat iedere vader of moeder van een dertienjarige dat heel vreemd vindt.

Op verkrachting staat normaal gesproken twaalf jaar en het zou logisch zijn als de jeugdige leeftijd een strafverzwarende factor is waarvan het heel goed uit te leggen is dat dat zwaarder zou moeten. Verkrachting suggereert 'tegen de wil van de ander' en er zijn mensen die beweren dat jonge kinderen dit willen, dus dan krijg je een hele onsmakelijke discussie. In dat kader zou je het kunnen laten zoals het nu is. Als je gewoon ervan maakt het binnendringen en niet meer 'seksueel' en zegt: 'dit mag niet'. Bij verkrachting staat nu: 'hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging een ander dwingt'. Daar zit die dwang heel erg in. Ik denk dat dat het grote verschil is en dat je moet zeggen: 'bij volwassenen accepteren we dat er wordt binnengedrongen als mensen dat zelf willen en bij jeugdigen accepteren we dat gewoon niet, al willen ze het wel zelf'. Ik vind het vrij logisch dat die straffen op zijn minst gelijkwaardig zijn, zo niet dat de jeugdige nog eens extra bescherming krijgt. Nu is het zo dat het gelijkwaardig is bij hele jonge kinderen – dus beneden de twaalf en boven de achttien stellen we gelijk aan elkaar – en opeens in die puberale leeftijd gaan we het verlagen. Dat is heel raar als je er langer over nadenkt, want die puberale leeftijd is de leeftijd waarin kinderen experimenteren en uitdagend, wervend gedrag vertonen. En als je daar dan dus een keer op ingaat, dan kom je er eigenlijk nog met een lagere straf vanaf dan wanneer je een volwassen iemand of een jonger iemand... Terwijl je ook zou kunnen denken: de meest kwetsbare groep is juist de groep die in de pubertijd zit. Vanuit een seksueel moralistisch oogpunt – ik begrijp wel dat een kind van drie weerlozer is dan een kind van vijftien – vind ik het raar. Ik zou het gelijk trekken dan wel verzwaren. Ik zou vinden dat beneden de zestien je daar gewoon niet moet binnendringen, maar ook geen ontuchtige handelingen moet plegen. Je zou gewoon kunnen zeggen: hij die met iemand van beneden de zestien ontucht pleegt buiten echt wordt gestraft met een gevangenisstraf van…

#45 Overwogen zou kunnen worden één basisartikel te creëren dat betrekking heeft op ontucht met jongeren onder de zestien jaar. Het seksueel binnendringen en de leeftijd van onder de twaalf jaar zouden dan bijvoorbeeld als aparte strafverzwarende gronden in de wet kunnen worden opgenomen. (R3; R5) (zie #127, #127H, #147 en #171)

- De artikelen 244, 245 en 247 Sr zijn onnodig gecompliceerd en geven aanleiding tot complexe tenlasteleggingen. (O3; R3; R5)

#46 Overwogen zou kunnen worden één artikel te creëren dat betrekking heeft op ontucht met jongeren onder de zestien jaar. De maximumstraf zou daarbij op twaalf jaar gesteld moeten worden. Eventuele strafverhogende omstandigheden dienen aan bod te komen bij de strafoplegging. (O3)

- De bestanddelen die in de huidige wet het opleggen van een hogere straf rechtvaardigen (leeftijd onder de twaalf jaar en seksueel binnendringen) zijn niet noodzakelijkerwijs strafwaardiger dan andere, niet in de wet opgenomen strafverhogende factoren. (O3)

#47 Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor zowel binnendringen als ontucht bij jeugdigen. Aan deze delicten zouden dan strafverzwarende gronden, zoals leeftijd onder de twaalf jaar, het misbruik maken van een afhankelijkheidsrelatie of het gebruiken van geweld kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #56, #56H, #107, #107H, #165 en #180)

Rechter 3
Het blijven ingewikkelde constructies zoals ze nu uitgesplitst staan. En ik hoor dat van meer collega's. Het is eigenlijk iets waar je elke keer het wetboek er weer bij moet pakken. Hoe zat het nou ook al weer? Omdat het zo uitgesplitst is op deze manier met verschillende leeftijdscategorieën en dan wél of niet binnendringen. Zou het een optie zijn om te zeggen: je maakt ontucht strafbaar onder de zestien en dan seksueel binnendringen als strafverzwarende omstandigheid daarbij, in plaats van aparte wetsartikelen daarvoor? Of bijvoorbeeld als het onder de twaalf is als strafverzwarende omstandigheid, omdat je het eigenlijk als één basisdelict pakt met opplussen als sprake is van binnendringen en als het onder de twaalf is. Dan zou je ook nog kunnen denken aan de omstandigheden die in art. 248 zijn vermeld, als het met geweld is of met meerdere daders. Dat soort dingen. Dat zou je dan denk ik wel in een apart artikel nog kunnen houden zoals het nu is. Maar deze drie zou je denk ik best in één artikel kunnen vatten met een basis en dan opplussen. Dan wordt het wat helderder denk ik. Nu zit je echt te zoeken: wat was het nou precies? Is het nou ontuchtig of is het binnendringen? Hoe oud? Soms is er natuurlijk een langere pleegperiode, waardoor het binnen meerdere

delictsomschrijvingen past. Dan krijg je ontzettend ingewikkelde tenlasteleggingen om dat allemaal te vatten.

Ik zie niet in waarom ontucht en het binnendringen in een aparte delictsomschrijving moet. Ik zou me kunnen voorstellen dat binnendringen ernstiger is dan ontucht, maar dan denk ik: daar zou je denk ik ook in de strafmaat prima rekening mee kunnen houden. Nogmaals eigenlijk ontucht als basis, als het mede omvat 'binnendringen', dan zou dat strafverzwarend kunnen zijn denk ik. Het is nodeloos gecompliceerd. Volgens mij kan je in strafmaat en in motivering daarvan zodanig differentiëren dat je daarin tot uitdrukking kan brengen hoe je de ernst van het feit inschat en of dat inderdaad een gedwongen tongzoen is of dat het veel meer is geweest. Het lijkt een beetje een ouderwets calvinistische norm van: 'oe, als er maar wel d'r maagdelijkheid bewaard wordt'. Zo iets. Tenminste dat idee heb ik erbij met het oog op dat binnendringen. In de huidige tijd is dat een veel gradueler fenomeen, zeker als je kijkt naar de jeugd waar vaak eerder gepijpt wordt dan dat er wordt getongzoend, dus dat is een heel andere ontwikkeling ook bij kinderen in de seksuele gang van zaken. Dit heeft een soort ouderwetse strenge mannen norm of zo.

Rechter 5
In zijn algemeenheid is het niet zo'n overzichtelijke wetgeving. Je moet nu heel goed lezen of het juiste artikel gekozen is en je zou ook een overkoepelend artikel kunnen maken met strafverzwarende omstandigheden eronder. Ontucht met minderjarigen is in feite altijd strafbaar – om het maar even heel simpel te stellen – en wordt bestraft zwaarder dan…, met zo veel jaar als het iemand is onder de twaalf of tussen de twaalf en zestien of met iemand aan je zorg toevertrouwd of wat heb je nog meer… Eén basisartikel met strafverzwarende kwalificaties eronder gezet. Ik denk dat dat werkbaarder is. Uiteindelijk, is mijn ervaring, komen we er hier ook altijd wel uit, maar je ziet soms primair, subsidiair, meer subsidiair en nog meer subsidiair ten laste gelegd en dat is gewoon lastiger werkbaar. En soms dan, dat is nog wel een punt, kiest het OM primair voor iets, terwijl wij als rechter denken 'het is eigenlijk het subsidiaire, maar het primaire zou ook wel kunnen' en dan moeten we officieel voor het primaire gaan want dat kunnen we bewijzen, maar we vinden het eigenlijk passen bij het subsidiaire. Dat is ook een tenlasteleggingskeuze natuurlijk van het OM dus niet wetgeving, maar dat zou je misschien wat kunnen ondervangen door in zijn algemeenheid meer op basisartikelen te gaan zitten.

Officier 3
Ik heb een punt over het onderscheid tussen de twaalfplus en de twaalfmin. Ik snap ook niet zo goed waarom dat per se zou moeten blijven bestaan. Ik vind twaalf een rare knip. Ik zou me zelf heel goed kunnen voorstellen dat je seks met minderjarigen strafbaar stelt en dat je dat afhankelijk laat zijn van de leeftijd, de ernst van de feiten, de omstandigheden enz. bij de uiteindelijke strafoplegging door de rechter. Dit is eigenlijk hetzelfde als waar we het in

het begin over hadden: er wordt een factor uitgenomen die meeweegt, maar er zijn ook allerlei andere factoren die meewegen. Waarom dan deze zo expliciet in de wet, terwijl de mate van dwang, afhankelijkheid, en de ernst van de seksuele handelingen geen rol speelt? Want er is wel een verschil tussen binnendringen en *binnendringen*; je ziet echt de raarste dingen. Die knip maakt tenlasteleggingen heel lastig en geeft ook bewijsproblemen, want je moet dan van sommige – met name in incestzaken – concrete gedragingen precies bewijzen of ze voor of na het twaalfde levensjaar hebben plaatsgevonden; bijvoorbeeld seksueel binnendringen. Dit weten die meiden heel vaak niet meer precies. Vaak komen ze laat aangifte doen. Dat mag ook. De verjaringstermijn is daarom ook opgerekt. Dit maakt het wel heel lastig, want je moet wel bewijzen dat het in die periode is geweest. Dat kan je helemaal niet altijd. Die vaders weten altijd wel heel goed dat het na het twaalfde levensjaar was. Dat is altijd heel bijzonder. Je neemt de leeftijd van art. 247, zestien jaar, als uitgangspunt en je maakt de strafmaat zo hoog als die van onder de twaalf en dan kijk je wat je nodig hebt van die maximumstraf. Het is meer een kruistabel die je hebt dan. Je hebt gewoon een aantal factoren die meegewogen worden erbij. Dat hebben ze ook wel proberen op te lossen met art. 248, maar daar wordt het niet beter van.

Officier 5

Mijn ideaal zou zijn als je gewoon de hele zedenparagraaf eens even lekker door zou rauzen en kolommen gaat maken. Maak een ontuchtartikel, maak een verkrachtingsartikel, een seksueel binnendringen artikel. Maak iets wat minder tastbaar is. Dus zeg maar meer de groomingsactiviteiten: het inpakken van kinderen of het doen van oneerbare voorstellen. Doe daar bijvoorbeeld schennis of schennisachtige artikelen bij. En maak dan ook daaronder allemaal leden die strafverzwarend werken: kind onder de zestien, kind onder de twaalf, met lichamelijk letsel of dood ten gevolge, meerdere personen, dat soort dingen. En veeg ook alles bij elkaar wat met een afhankelijkheidsrelatie te maken heeft. Dus niet die eeuwige discussie over: was iemand dronken genoeg, lichamelijk onmachtig? Was het een geestelijk gehandicapte die wel of niet die seks wilde? Was het wel of niet een echt kind of een stiefkind of een oppaskind? En valt dat wel onder 'aan zijn waakzaamheid toevertrouwd'? Dat zijn allemaal eindeloze discussies. Maak een artikel waar het erom gaat dat jij bepaalde ontuchtige handelingen of binnendringhandelingen pleegt door misbruik te maken van een kwetsbare positie van iemand. En dat kan je ook nog wel uitsplitsen in of dat het kwetsbaar is in deze situatie of in lichamelijke onmacht of zo, maar nu zijn er zo veel van dat soort termen door elkaar. In zo veel verschillende artikelen. Het kost je een dag om erachter te komen – als je zo'n complex feit hebt – welke artikelen je er nou op moet plakken.

Ik zou dus zeggen, maak een seksueel binnendringen feit en werk met strafverzwaringen. Dus ik noem maar wat: het basisfeit is vier jaar, onder de zestien is zes jaar, onder de twaalf is het acht jaar en zit er nog een kwetsbare

positie bij, dan mag er nog een derde bovenop. Zo iets. In zo'n soort systeem zou ik het zelf zetten.

#48 Overwogen zou kunnen worden art. 247 Sr zo uit te breiden dat bepaalde digitale uitingen die gericht zijn op ontucht onder het bereik van de bepaling worden gebracht. Het op ontucht gerichte oogmerk zou daarbij een centrale rol dienen te vervullen. (R4) (zie #60)

#49 Overwogen zou kunnen worden een strafbepaling te creëren voor internetproviders die op de hoogte zijn dan wel zijn gebracht van het feit dat ze websites in de lucht houden waarop bepaalde uitingen voorkomen die gericht zijn op ontucht. (R4) (zie #20 en #21)

Rechter 4
Die digitale delicten zijn wat versnipperd. Omdat je grooming apart strafbaar hebt gesteld, is het dus eigenlijk de vraag of je het ontuchtartikel niet zodanig moet opzetten dat je alles onder de definitie van ontucht vat wat je via digitale methode doet wat gericht is op ontucht – wat ontucht inhoudt door de feitelijkheid dat er gevraagd wordt om kleren uit te doen of bepaalde handelingen te verrichten. Dan zou je nog eens op dat oogmerk terug kunnen komen; dat je dus ook zo'n groomingsdelict uitbreidt en zegt: alles wat met oogmerk daarop gebeurt, is ook al strafbaar. In mijn optiek zijn het voorbereidingshandelingen. Maar dat oogmerk heb je wel nodig om de bedoeling die erachter zit te kunnen kleuren. Mijn stelling is dat je ook al strafbaar zou moeten zijn onder dat artikel als je op internet een werving doet voor minderjarigen, voor ontucht of voor prostitutie of wat dan ook. Het plaatsen van zo'n advertentie, van zo'n site en een provider van zo'n site die moet dan al strafbaar zijn omdat dat soort teksten erop staan. Dat is dus breder dan alleen maar grooming. Want er zijn dus sites waar ook met de meest vulgaire terminologie meisjes worden geworven en die dus mede gericht zijn op jonger dan zestien – jonge meisjes, minderjarigen. Dat zou al strafbaar moeten zijn; in mijn ogen is dat ook een vorm van grooming. Of je dat nou via een website doet of via chatten, die middelen moeten natuurlijk indifferent zijn. Het oogmerk zou dus eigenlijk leidend moeten zijn. En ook providers op internet die dat soort sites toestaan. Je kunt ze natuurlijk niet verantwoordelijk houden voor alle inhoud die erop staat, maar op het moment dat ze erop gewezen worden, moeten ze eigenlijk per ommegaande zo'n site verwijderen. Maar dus, wat mij betreft zouden ze zo veel mogelijk zelf als pleger moeten worden aangemerkt vanaf het moment dat ze op de hoogte zijn dat het gebeurt.

3.2.3 Uitlokken van ontucht (art. 248a, 248f en 250 Sr)

Artikel 248a Sr
Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248f Sr
Hij die door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, het plegen van ontucht door een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 250 Sr
1. Wordt gestraft:
   1°. met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert;
   2°. met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die, buiten de gevallen genoemd onder 1°, het plegen van ontucht door een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert.
2. Indien de schuldige van het plegen van het misdrijf een gewoonte maakt, kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.

#50 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 248f Sr, waarbij gesproken wordt van ‘door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid (...) teweegbrengt of bevordert’ en de delictsomschrijving van art. 242 Sr, waarbij gesproken wordt van ‘door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt’ op elkaar af te stemmen. (O1)

- Het gebruik van het middel ‘dwang’ in art. 248f Sr wekt de suggestie dat er gevallen van dwang zijn die niet bestaan uit geweld of een andere feitelijkheid of dreiging met geweld of een andere feitelijkheid. (Notitie OM 2014)

Officier 1
Bij 248f is ons opgevallen dat er staat dat er door dwang, geweld of andere feitelijkheid of dreiging met geweld of andere feitelijkheid ontucht kan worden gepleegd. Terwijl van oorsprong ons dwangartikel 242 spreekt over geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid. Dus die dwang is hier bijgekomen en eigenlijk zien wij de dwang altijd als of geweld of een andere feitelijkheid dan wel dreiging met geweld of een andere feitelijkheid. Deze bepalingen zouden gewoon eensluidend moeten zijn.

Notitie OM 2014 (document)
'Een andere opmerkelijke toevoeging aan de zedentitel door dit artikel, is het feit dat hier wordt gesproken over dwang, geweld en/of feitelijkheden dan wel dreiging met geweld of een andere feitelijkheid [met 'dreiging' bedoelt de wetgever kennelijk niets anders dan 'bedreiging']. In het kader van de jurisprudentie rond 242 Sr wordt aangenomen dat dwang juist bestaat uit de toepassing van of de bedreiging met geweld en/of andere feitelijkheden. Dit nieuwe artikel impliceert dat er daarnaast nog andere vormen van dwang zijn.'

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Bij 248f worden de dwangmiddelen ook links en rechts verschillend beschreven. En ook daar zou denk ik meer duidelijkheid in moeten zijn. Daar moet beter over nagedacht worden.

#51 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd of minderjarigheid in de artikelen 248a, 248f en 250 Sr te objectiveren. (O1; R3)

#52 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd in art. 248a Sr te objectiveren. (O1; R2; R3)

#53 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd in art. 248f Sr te objectiveren. (O1; R3; RK)

- Het eisen van opzet of schuld ten aanzien van de leeftijd gaat gepaard met bewijsproblemen. (O1; R2; R3)
- Objectiveren van de leeftijd is gerechtvaardigd in het kader van de bescherming van de jeugdige. (R3; RK)
- Er bestaat geen goede reden de leeftijd bij sommige zedendelicten wel te objectiveren, terwijl dat bij andere zedendelicten niet geschiedt. (R2)

Officier 1
En dan het 'weten of redelijkerwijs moeten vermoeden dat hij de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt'. Ik vind ook als je dat met de andere ze-

denartikelen vergelijkt, waar de wetgever gewoon een objectief criterium hanteert, dat dat bij deze artikelen lastiger is, omdat je daar juist altijd heel veel discussie over krijgt. En bij de artikelen waar een objectief leeftijdscriterium in is opgenomen, is het gewoon een gegeven. Krijg je ook discussie over, maar dat kan je makkelijk weerleggen, want de minderjarige moet gewoon beschermd worden. Ik vind dat eigenlijk bij deze artikelen net zo. 'Weet of redelijkerwijs moet vermoeden' vind ik geen toegevoegde waarde hebben. Het leidt in ieder geval tot bewijsdiscussies of tot bewijsverweren.

Rechter 2
In art. 248a daar staat ook weer in: 'waarvan hij weet of moet vermoeden dat hij nog geen achttien is'. Ik vind dat dat geobjectiveerd moet worden, omdat het altijd tot problemen leidt. Je doet het in andere zedendelicten ook, dus ik zie niet zo goed in waarom bij het ene zedendelict het zo zou zijn van 'twaalf is twaalf of achttien is achttien, jammer dan' en bij andere delicten is het 'nou, als je het had moeten vermoeden of je wist het'. Ik ben daar geen voorstander van.

Rechter 3
Ik zou me kunnen voorstellen dat het handig is bij deze artikelen om toch het leeftijdsvereiste ook te objectiveren om daarover de discussies uit de weg te gaan van: wist je het nou of had je het moeten weten? Want het lijkt me dat je bij deze categorie eenvoudig kunt vaststellen of het slachtoffer wel of geen achttien was. Dus dat je daar geen bewijsproblemen mee hebt zoals met kinderporno wel en dan zou ik denken: wat is er dan tegen objectiveren daarvan? Het legt een grote verantwoordelijkheid bij de verdachte om je ervan te verzekeren dat je goed bezig bent met iemand als je dit soort handelingen verricht. En dat vind ik ter bescherming van de jeugdige geen kwalijke zaak. Dat iemand er niet mee wegkomt van: 'o, maar ze zei dat ze achttien was, dus ik dacht dat het wel goed was'. Je kan natuurlijk zeggen: moet je dan om een legitimatie vragen voordat je met iemand gaat zoenen of zo? Dat je je daar goed van bewust moet zijn voordat je daaraan begint, denk ik. Dat zou wat mij betreft wel kunnen en zeker als het gaat over uitlokken en bevorderen, dan zit je natuurlijk wel al in een andere categorie handelingen. Het kan nu in de praktijk wel leiden tot bewijsproblemen als je het hebt over bijvoorbeeld meisjes van zeventien die zich voor hebben gedaan als iemand die ouder was en waarvan de verdachte dan zegt: 'ja, maar hoe had ik dat dan moeten weten?' of 'ik ging ervan uit dat…' en 'ze gedroeg zich zo…' Dan zie je een foto van dat meisje en die ziet er wel uit als twintig, dus je gelooft het direct. Ja, hoe kan je dan zeggen: je had het toch moeten vermoeden? Het leidt dus ook echt tot bewijsproblemen. Het kan ook leiden tot vrijspraken, maar in ieder geval tot behoorlijke discussies tijdens het raadkameren.

Renée Kool
In 248f staat dan 'redelijkerwijs moet vermoeden'. Dan denk ik: waarom daar dan niet geobjectiveerd en waarom elders wel? Ik heb daar niet zo veel pro-

blemen mee. Ik denk dat ik dat geobjectiveerde ook wel door zou willen trekken vanwege de indringendheid en de omvang van een seksuele handeling en ook de daarmee te krenken rechten. Dat wordt natuurlijk lastiger als je het over een eenentwintigjarige hebt met een zeventienjarige, dat begrijp ik, maar dan denk ik: daar moeten we de opportuniteit maar op inzetten. Maar ik vind wel dat de normstelling, als je met jongere mensen te maken hebt, dat je dat objectiveert en dat je dan ook die ontucht objectiveert. Ik heb daar niet zo veel problemen mee. Ook vanwege wat de wetgever zegt van: ‘die kinderen moeten ook worden beschermd in hun opgroeien en ook misschien wel beschermd worden tegen zichzelf’. Je bent daar dan toch de oudere in die dan toch even de eigen seksuele gevoelens opzij moet zetten. Dat lees je ook weer terug in het rapport van Deetman. Er zijn ontzettend veel kwetsbare, op zoek zijnde jonge mensen en dat is toch een categorie waar heel veel dingen een plek moeten krijgen en waarin je in verwarring kunt zijn. Ik heb dan liever de opportuniteit, een gezonde opportuniteit vanuit het Openbaar Ministerie. Daar hoop ik dan wel op natuurlijk, want als rechter, als je moet kwalificeren, dan kan je de strafmaat wel doen, maar dan ben je een slag te ver.

#54 Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 248f Sr en anderzijds het deelnemen aan art. 242 Sr dan wel art. 246 Sr onder ogen te zien. (O3)

- Het is heel wel mogelijk dat de strafbare gedragingen die onder art. 248f Sr vallen reeds via deelnemingsconstructies tot strafbaarheid volgens art. 242 Sr dan wel art. 246 Sr kunnen leiden. (O3; NRM; RK)

Officier 3
Ook voor 248f geldt dat de samenhang met 242 en 246 heel vreemd is, want als jij iemand door middel van dwang beweegt tot het hebben van ontucht met iemand, dan ben je volgens mij al heel snel medepleger van verkrachting. Ik denk dat dit een verdragsbepaling is die vertaald is geworden. Dan zie je gewoon dat dat niet congruent is met de systematiek. Dit zijn echt die artikelen waar je naar moet kijken als je het congruent wilt maken. De artikelen lopen niet op één lijn. Het is een andere stijl van tekst. Wat ik zei: we redden er ons uitstekend mee. Ik gebruik dit artikel gewoon niet; ik neem dan 242.

Renée Kool
Je kan ook naar zo’n 248f kijken van: ‘luister, heb ik het al?’ Ik heb duidelijke normstellingen en ik kan het via een andere manier doen. Aan de andere kant denk ik van: wij juristen weten dat het via medeplegen en dat soort dingen kan en iemand anders niet. Maar het blijft een idee-fixe om te denken dat mensen die dingen gaan lezen. Mensen hebben een soort rechtsgevoel en daar moet het ergens onder passen. En of dat dan via deelneming en de bestaande bepaling is of via 248f… Art. 248f is een soort politiek gebaar; dat sust de kamer en Europa, maar... Dus ik vind wel dat je moet uitbreiden waar je zou uit moeten breiden, in de digitale sfeer bijvoorbeeld, want dat zijn

nieuwe gevaren. Dat is iets anders, maar niet uit een soort voorzorggebeuren zeg maar.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Het nieuwe 248f is eigenlijk een strafbaarstelling die voor een deel al onder 242 valt. In veel gevallen is het eigenlijk al deelneming aan verkrachting – niet in alle gevallen, dus er zit wel een verschil in – maar we hebben echt situaties proberen te bedenken van 'waar zit nou dat verschil' en we hebben dat eigenlijk niet zo goed kunnen vinden. Er zal vast wel iets zijn, maar ik heb het niet zo goed kunnen vinden.

#55 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of nog behoefte bestaat aan art. 250 Sr. (O4)

- Art. 250 Sr wordt in de praktijk niet gebruikt. (O4; O5)

Officier 4
Ik heb nog wel een opmerking bij art. 250 Sr. Dit artikel zie ik eigenlijk nooit. Moet die wel in deze titel? De wetgever moet bedenken of in deze tijd nog behoefte bestaat aan dit artikel. Ik kan me niet heugen dat ik hem ooit gezien heb.

#56 Overwogen zou kunnen worden één bepaling te creëren die betrekking heeft op prostitutiegerelateerde gedragingen. Aan deze bepaling zouden bepaalde strafverzwarende gronden, zoals jeugdige leeftijd of het gebruik van geweld, kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #47, #56H, #86, #107, #107H, #165 en #180)

Officier 5 (naar aanleiding van art. 248a, 248f en 250 Sr)
Ik heb altijd zitten denken: waarom hebben we niet ook een soort prostitutieartikel? Ik vind namelijk het mensenhandelartikel een heel fijn artikel. Het is natuurlijk idioot ingewikkeld, maar alles staat er wel in wat je nodig hebt. En dat is natuurlijk inderdaad zo'n kolom met allerlei verschillende varianten. En dan hoeft prostitutie wat mij betreft niet per se tegen vergoeding of zo te zijn, maar inderdaad ook wat hier staat. Dus jij bevordert dat een derde seks heeft met jouw kind of jij gaat dat uitlokken. Waarom hebben we daar niet één artikel voor? Wat in de zedentitel valt. Dus het uitlenen van kwetsbare mensen, kinderen en vrouwen die dan in een afhankelijkheidsrelatie zitten of onder dwang. Met een derde wel of niet tegen betaling, wel of niet met gevolg. Waarom zit dat niet allemaal bij elkaar? Want dat vind ik dus van die koppelarij en dat bevorderen van die ontucht. Misschien heb ik maar een heel beperkt idee van zulke situaties, maar volgens mij zijn het iedere keer de situaties waarin ofwel een vrouw ofwel een kind op de een of andere manier geprostitueerd wordt, uitgeleend wordt, verhandeld wordt, noem het maar op. Dat komt allemaal op hetzelfde neer. Dus waarom zit dat ook niet in één

artikel? En daar kan je dus ook die hele discussie over pooierartikelen onderbrengen. Want dan krijg je een beetje de uitbuiting van het mensenhandelartikel. Dat je zegt: 'oké, jij trekt voordeel uit het koppelen, bevorderen van ontucht met een derde'. Is het een kind onder een bepaalde leeftijd, komt er nog een derde bovenop; lichamelijk letsel, nog iets erbij. Een beetje op die manier. Ik kan mij niet herinneren dat ik er ooit een zaak van ten laste heb gelegd. Want als ik in dit soort situaties zit, zit je meestal in de mensenhandel. Zeker die koppelarij niet. Dat art. 248f is natuurlijk ook vrij nieuw – ik kan me nog eens voorstellen dat die voorkomt – maar koppelarij is volgens mij... Dat is echt niveau 'stroperij' en zo; van dat soort obscure artikeltjes. Volgens mij gebruikt echt helemaal niemand dat ooit. Zou kunnen, maar ik ken het niet.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 248b Sr)
Hier geldt wat ik net zei over één prostitutieartikel. Dit kan bij de koppelarij en het verleiden tot ontucht met een derde. Het moet allemaal op één hoop worden gegooid.

#57 Overwogen zou kunnen worden aan art. 248a Sr een bestanddeel toe te voegen zoals 'door enige feitelijkheid heeft bewogen tot'. (O5)

- De in art. 248a Sr opgenomen uitlokkingsmiddelen zijn te restrictief in het kader van webcamsekszaken, omdat het zich vaak voordoet dat jonge personen enkel door de sfeer bewogen worden tot het plegen van ontuchtige handelingen. (Notitie OM 2014; O5)

- Indien er een adequaat groomingsartikel zou komen, is het niet nodig art. 248a Sr aan te passen. (O5)

Officier 5
Art. 248a is nog wel iets wat we een keer gebruiken voor de webcamsekszaken. De groomingszaken waarin het niet tot een afspraak komt. Wat trouwens 99% van de groomingszaken is. Je hebt die ene van Frank R., die driehonderd meisjes voor de webcam heeft gebracht. En die man in Amsterdam hebben we nog zitten. Die heeft ook zoiets gedaan. Nou dat zijn groomers waar je met het groomingsartikel dus bijna niks kan. Om bijvoorbeeld die Frank R. te nemen, die had dus driehonderd meisjes benaderd. Die heeft hij allemaal voor de webcam gebabbeld. Van sommige heeft hij de afbeelding vastgelegd, van sommige niet. En hij had met elf meisjes uiteindelijk een afspraak gemaakt en daar heeft hij seks mee gehad in *real life*. Iedereen noemt dat de groomingszaak, maar er zit uiteindelijk vrijwel geen grooming in zoals de wet dat ziet. Er staat ook geen grooming op de tenlastelegging zonder dat het in die gevallen ook daadwerkelijk tot lichamelijk misbruik van het slachtoffer is gekomen, want je hebt geen grooming waarbij het strafbare feit eindigt bij het maken van een afspraak. Want grooming is alleen maar dat moment waarop die afspraak gemaakt is met die elf meisjes. Maar daarna heeft er gewoon misbruik plaatsgevonden, dus het is gewoon een misbruikfeit. Dus dat zijn

verkrachtingsfeiten geworden. Van het grootste gedeelte heeft hij gelukkig wel die beelden vastgelegd, dus dan kan je zeggen: dat is productie van kinderporno. Als het niet wordt vastgelegd, nou dat is dus die discussie over *streaming* beelden 'ja' of 'nee'. [Zie #12.] Dan moeten we dus wat anders verzinnen. En dan komen we heel vaak bij die webcamdelicten bij 248a uit. Dat jij dus iemand ertoe gebracht hebt om ontuchtige handelingen met zichzelf te plegen voor de webcam. Komen we vaak een heel eind mee. Maar ook niet altijd, want hier heb je dus weer dat giften, beloften van geld, goed, misbruik etc. En dat heb je vaak in die webcamsituaties niet, want er zitten gewoon twee mensen te chatten en die puber vond dat echt wel heel erg spannend en die zat zelf ook allemaal dingetjes aan te geven en die is echt wel door de sfeer gedwongen achter die webcam te gaan zitten, maar er is niks beloofd of er heeft geen misleiding plaatsgevonden of zo. Het komt voort uit die hele sfeer zeg maar. Dus in de situaties dat er inderdaad echt een kind misleid wordt is art. 248a Sr heel bruikbaar, maar voor onze hele digitale wereld is het meer een lapmiddeltje wat we in sommige gevallen kunnen gebruiken, maar dan is het ook weer net niets. Ik zou dus liever hebben dat iemand 'bewogen wordt tot'. Zonder al die..., of houd al die giften en beloften erbij, maar doe er ook bij 'door enige feitelijkheid heeft bewogen tot'. Ik denk dat je dan al wat beter in je middelen zit. Want je moet natuurlijk die giften en beloften en die misbruik er niet uithalen, want je hebt situaties waarin gewoon echt iets beloofd wordt. Er zijn genoeg situaties waar kinderen beltegoed wordt beloofd bijvoorbeeld als ze voor de webcam gaan zitten. Dus die moet je er wel inhouden, maar er zou dus iets bij moeten komen waarin dus iemand gewoon eigenlijk iemand beweegt tot. Of waarin die minderjarige het ook eigenlijk wel zelf wil. Ik denk dat je met iets van 'bewegen tot' een heel eind komt. Maar dan dus niet aan dat 'bewegen tot' een eis stellen dat daar allerlei bewegingsmiddelen, zal ik maar zeggen, aanhangen. Maar gewoon het enkele bewegen tot.

Als er een soort algemeen groomingsartikel komt, een echt groomingsartikel, dan kan dat daaronder vallen. Dan hoef je dit bij wijze van spreken ook niet aan te passen. Neem bijvoorbeeld die Frank R.; grooming is het enige artikel dat we er niet op kunnen gebruiken. Voor de rest moeten we helemaal kijken of het plaatje is vastgelegd, wat heeft het kind precies gedaan en is er wel of niet een afspraakje geweest? Dus je moet het helemaal in allerlei stukjes knippen. Heb je een groomingsartikel, dan hoeft dat niet meer.

Notitie OM 2014 (document)
'De mogelijkheid om groomingszaken te vervolgen via de band van artikel 248a Sr is beperkt, omdat dan sprake moet zijn geweest van het gebruik van de verdachte van giften, beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding. Veelal is daar geen sprake van, omdat de verdachten misbruik maken van de ook door de minderjarigen ervaren anonimiteit op het internet en de seksuele experimenteerdrift van de minderjarigen. Er is nauwelijks dwang, chantage of beloftes nodig om de minderjarige zo ver te krijgen seksuele handelingen voor de

webcam te verrichten; slechts het creëren van een spannende en seksueel geladen sfeer is voldoende.'

#58 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' te verwijderen uit art. 248a Sr. (A3)

- Dit in art. 248a Sr opgenomen uitlokkingsmiddel heeft een te ruim bereik. (A3)

Advocaat 3
Ik vind altijd in dit soort delictsomschrijvingen het onderdeel 'misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' lastig, omdat dat ook een verzamelbegrip is dat veel te ruim toepasbaar is. Ik durf te beweren dat in elke intermenselijke relatie er altijd een vorm van overwicht is, namelijk: ik vind de ander lief, ik wil dat hij iets voor me doet of ik wil dat hij niet bij me weggaat, dus ik doe iets voor de ander. Dat zie je in dit soort zaken heel vaak, ook in mensenhandelzaken. Dan wordt er gezegd: 'je hebt dat meisje gevraagd om iets voor haar te doen, een telefoonabonnement af te sluiten'. Dat wordt al zo snel in een strafrechtelijk kader geplaatst, terwijl als mensen om elkaar geven of de ander willen bereiken, of niet willen verliezen, zijn ze gewoon bereid om dingen te doen. Het is nooit gelijkwaardig. Dat als element in deze delictsomschrijving vind ik te algemeen. De invulling van of daar misbruik van is gemaakt om iemand ergens toe te bewegen, is natuurlijk ter beoordeling aan een rechter, terwijl het misbruikelement natuurlijk in iemand zijn hoofd zit. De rechter moet dat beoordelen op basis van omstandigheden, op basis van – ik noem maar even het standaard clichévoorbeeld van een vrouw die later gekwetst is en dan achteraf vindt dat iemand misbruik van haar heeft gemaakt. Dus zelfs al staat er 'misbruik', dan maakt die hele toevoeging daarachter het op elke situatie toepasbaar als je het zo maar wilt zien. Het geeft te veel ruimte aan inkleuring achteraf, denk ik. Ik denk dat je echt zou moeten kiezen van: dwang, belofte of misleiding.

#59 Overwogen zou kunnen worden in art. 248a Sr de woorden 'van hem' uit het bestanddeel 'van hem te dulden' te schrappen. (Machielse)

- Doordat in 2002 wel de woorden 'met hem' (plegen) maar niet de woorden 'van hem' (dulden) zijn geschrapt, is het artikel uit balans getrokken. (Machielse)

- Ten aanzien van jeugdigen van zestien en zeventien jaar is sprake van een leemte bij het dulden van handelingen van een derde. (Machielse)

Machielse (document)[39]
'De wet van 13 juli 2002 heeft het onderdeel 'met hem' met betrekking tot het plegen van ontuchtige handelingen geschrapt. (…) Het komt erop neer dat door de wetswijziging van 2002 ook strafbaar is degene die de minderjarige ertoe beweegt ontuchtige handelingen te plegen, niet alleen met de dader, maar ook met een derde, of simpelweg alleen.

Verbazingwekkend is dat is nagelaten de woorden 'van hem' – waar het gaat om het dulden door de minderjarige van ontuchtige handelingen – te schrappen. Dat verzuim trekt de strafbepaling uit balans. De persoon die de minderjarige, ouder dan 16 maar jonger dan 18 jaar, misleidt om met een derde ontucht te plegen is wel strafbaar volgens art. 248a Sr, de persoon die een minderjarige misleidt om ontucht door een derde te dulden niet. Als het een jeugdige betreft die jonger is dan 16 jaren zou de volgende constructie bedacht kunnen worden. De derde pleegt het delict van art. 247 Sr. Degene die de jeugdige heeft misleid heeft de derde de gelegenheid verschaft en is medeplichtige of zelfs mededader. Men kan misschien ook zeggen dat de persoon die de jeugdige heeft misleid aldus de jeugdige heeft verleid. Maar ten aanzien van minderjarigen die ouder zijn dan 16 jaren is er sprake van een leemte, voorzover het gaat om het bewegen van die minderjarige door misleiding tot het dulden van ontuchtige handelingen van een derde. Als die minderjarige ervoor wordt betaald lijkt art. 248b Sr ten aanzien van de derde in beeld te komen. Is er sprake van een misbruik van overwicht dan is weer aan art. 246 Sr te denken, mits van dwang gesproken kan worden.

Het komt mij (AM) voor dat de wetgever hier een vergissing heeft begaan en ten onrechte heeft verzuimd ook de woorden 'van hem' te schrappen.'

#60 Overwogen zou kunnen worden vormen van digitale ontucht, die nu worden bestreken door art. 248a Sr, nader in de wet te expliciteren. Het zich voordoen als minderjarige zou op zichzelf beschouwd al tot strafbaarheid aanleiding moeten geven. (R4) (zie #48)

- Het feit dat een volwassen persoon zich voordoet als een minderjarige geeft invulling aan het ontuchtige karakter. (R4)

Rechter 4
Hier zou ik denken dat wel behulpzaam zou zijn om vormen van digitale ontucht op een of andere manier te expliciteren. Het kán, want de praktijk redt zich er wel in, maar op zichzelf zou het wel de voorkeur hebben om daar eens een discussie over te hebben of dat nou dezelfde vorm van ontucht oplevert als de klassieke vorm. Je kunt je voorstellen dat als twee kinderen van zestien jaar pikante chatsessies hebben, je dat niet strafbaar hoeft te stellen. Maar als

[39] Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 7 bij art. 248a Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014 (voetnoten weggelaten)).

jij je voordoet als zestienjarige en je bent een oude kerel van tweeënvijftig, dat zou je natuurlijk op zichzelf al strafbaar kunnen stellen als het over dit soort onderwerpen gaat. Dat zou je dus kunnen zien als onderdeel van de ontucht vanwege de ongelijkwaardigheid in verhoudingen. Dan ben je een beetje los van het idee dat de een achttien is en de ander zestien – of twintig en zestien – maar als je je dus anders voordoet dan je bent, namelijk als je je voordoet zelf ook als zestienjarige, dat je dan dus eigenlijk al, bewijstechnisch gezien, erbij bent.

#61 Overwogen zou kunnen worden opnieuw te doordenken of de artikelen 248a, 248f en 250 Sr betrekking dienen te hebben op personen die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt. (O5)

#62 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van de zedentitel als geheel opnieuw te doordenken. (O5; A1; A2; NRM)

- Vanuit wetssystematisch oogpunt is het onwenselijk dat afwisselend een leeftijdsgrens van zestien jaar dan wel achttien jaar wordt gehanteerd. (O5; A1)

- De verschillende leeftijdsgrenzen in de zedentitel vallen niet te begrijpen voor burgers. (A1)

#63 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of art. 248a Sr geen leeftijdsgrens van zestien jaar zou moeten hebben, zoals bij veel andere zedenbepalingen het geval is. (A2)

#64 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van art. 248e Sr (zestien jaar) en art. 248a Sr (achttien jaar) op elkaar af te stemmen. (A1) (zie #64H)

#65 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of art. 248f Sr geen leeftijdsgrens van eenentwintig jaar zou moeten hebben. (A2)

#66 Bij het herijken van de leeftijdsgrenzen van de zedentitel ligt het meer voor de hand te opteren voor de leeftijd van zestien jaar dan voor de leeftijd van achttien jaar. (A1)

- Een leeftijdsgrens van achttien jaar past niet goed bij de huidige seksuele moraal. (A1)

#67 Bij het herijken van de leeftijdsgrenzen van de zedentitel zouden eventueel drie verschillende leeftijdsgrenzen een rol kunnen spelen. Enerzijds leeftijdsgrenzen die betrekking hebben

op niet-prostitutiegerelateerde delicten (twaalf jaar en zestien jaar) en anderzijds leeftijdsgrenzen die betrekking hebben op prostitutiegerelateerde delicten (eenentwintig jaar). (A2)

Officier 5
Wat ik altijd raar heb gevonden is waarom het hier achttien jaar is. Dat geldt voor meer artikelen. Vroeger hadden we een indeling zedenmisdrijven: onder de twaalf jaar is alles fout, tussen de twaalf en zestien is het ietsje minder fout en worden er meer eisen aan gesteld, maar na zestien is iedereen wel seksueel volwaardig en mag die over zichzelf beslissen. Toen hebben we natuurlijk die rare omslag gekregen met het kinderpornoartikel, maar goed dat was gewoon onder druk van internationale wetgeving dat het gelijk moest worden getrokken met het verdrag van Lanzarote, en dat ze toen de leeftijd van zestien naar achttien hebben gebracht, want dat had de rest van Europa ook. En nu zie je – en dat komt volgens mij ook uit die internationale wetgeving – dat er allemaal artikelen oppoppen die ook tot de achttien jaar gaan.

Dus je hebt situaties waarin je als zeventienjarige wel van alles mag, maar bepaalde dingen weer niet omdat dat weer onder de leeftijdsgrens van achttien valt. Bijvoorbeeld met betrekking tot kinderporno dan. Dat vind ik altijd zo grappig. We hebben natuurlijk heel veel van die superactieve pubers die allemaal selfies van zichzelf maken. Je mag op je zeventiende de meest gruwelijke SM-seks met alles en iedereen gaan houden – wat je maar wilt – dan ben je vrij dan en mag je wel over jezelf beslissen. Als je zestienminner bent nog niet, maar als je zeventien bent wel. Maar als je een naaktfoto van jezelf maakt, dan ben je een producent van kinderporno. Je mag die seks wel hebben, maar je mag er geen afbeelding van maken. Dat geldt ook voor jezelf; dat maakt niet uit. En dat is bij deze artikelen ook het geval. Waarom is dit nou ineens achttien?

Ik ben zelf meer van de zestien hoor. Ik denk dat het redelijk ouderwets is om ervan uit te gaan dat kinderen kinderen zijn tot hun achttiende. Kijk, onder twaalf jaar, dat is redelijk buiten discussie lijkt me. Er moet meer consistentie komen, want wij lossen dat nu op via het niet-vervolgen of de opportuniteit, maar er zitten zo veel verschillen tussen mensen van veertien, vijftien, zestien en zeventien in zaken, dat kan je niet allemaal over één kam scheren. Hoeft ook niet. Nul tot twaalf en twaalf tot zestien zijn heel ouderwetse begrippen, dat is echt van achttienzoveel. Langzaamaan vinden we dat mensen nog langer beschermd moeten worden tegen allerlei gruwelijke vormen van seks, maar dat hebben we allemaal niet netjes gelijk getrokken met die twaalf en die zestien die we eerst hadden. Dus ik denk dat we nou met zijn allen een idee moeten hebben: oké tot hoe lang willen we mensen beschermen tegen zichzelf? En vinden we dus ook dat ze geen seksueel zelfbeschikkingsrecht hebben? Want dat ontzeg je zestienminners eigenlijk op dit moment. Je moet heel erg moeilijk doen als die mensen relaties hebben met elkaar of met iemand die vijf jaar ouder is. Is dat nou foute seks of is dat gewoon iemand die op zijn vijftiende gewoon echt wel met iemand naar bed mag? Daar hebben wij heel veel last van, omdat we dan boze ouders hebben

die het niet eens zijn met het vriendje van hun dochter en die art. 12 klachten inleveren, terwijl wij denken: laat die meid lekker haar gang gaan. Er zit echt helemaal geen dwang of niks achter. Dus het is een beetje moeizaam rond die leeftijd – zeg maar alles van twaalf tot achttien – wat je daar mee moet. Omdat sommige dingen opeens ook wettelijk strafbaar zijn. Het is sowieso strafbaar als hij zestienminner is, maar als hij dan zeventien is zijn sommige dingen wel strafbaar en sommige dingen niet. Er zit niet echt een verhaal in zeg maar. Dat moet opnieuw worden doordacht. Ik denk dat we met zijn allen gewoon even moet herijken van wat we nou strafwaardige seks vinden. Qua leeftijden en qua ethisch wat we willen zien. Want als het over beelden gaat, gaat het daar vaak om. Het is niet altijd dat we kinderen of dieren willen beschermen. We willen het gewoon niet zien. We willen gewoon die viezigheid niet in de samenleving hebben. Nou, dat is een ander idee dan: twaalfjarigen moeten tegen alle soorten van seks beschermd worden. Ik kan best wel situaties bedenken van 248a, dat je dus iemand ertoe brengt dat hij ontucht pleegt, waar ik misschien ook wel aanranding van kan maken of ontuchtige handelingen met iemand onder de zestien jaar bijvoorbeeld. Dat valt best onder meerdere artikelen te brengen. Alleen dan heb je dus wel het verschil dat art. 247 gaat tot zestien jaar, dus als het dan een zeventienjarige is, zou het voor dat artikel niet gelden. Maar als het dan een zeventienjarige is, kan je het wel onder art. 248a brengen. Dat is raar. Diverse artikelen zijn allemaal onder de achttien. En dat art. 250 ook, dat is dan minderjarigheid. Dus 'minderjarig' is ook onder de achttien. Dat is weer niet tot zestien. Laat iemand daar maar een uitspraak over doen wat daar het idee achter is geweest. Misschien zit er wel helemaal geen idee achter, kan ook.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Ik denk dat als je toch gaat kijken naar die hele titel, dan zijn aspecten los van ieder apart genoemd artikel maar over de hele zedentitel van belang. Dan denk ik dat je heel goed moet kijken naar zowel leeftijd als dwangmiddelen en de overlap.

Advocaat 1 (naar aanleiding van art. 248e Sr)
Bij grooming maak je via digitale weg een afspraak met iemand met als doel een seksdate. Dat mag niet als iemand de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt. Vervolgens gaan we naar 248a Sr. Door een dergelijk contact te leggen wordt iemand vaak uitgenodigd tot seksuele ontucht – uitlokken van. Hier geldt weer de leeftijd van achttien jaar. Het lijkt me of het een of het ander te zijn. Ik heb dit verschil in leeftijd nooit goed kunnen begrijpen. Dat is een knelpunt waar ik in de praktijk tegenaan loop. Ik kan mijn cliënt heel moeilijk uitleggen waarom het in het ene geval zestien is en in het andere geval achttien: is dat alleen maar omdat het ene artikel jonger is dan het andere of omdat men dit over het hoofd heeft gezien of zit daar een diepere gedachte achter? Als ik moeite heb om het uit te leggen, dan schort daar iets aan. Die leeftijdsgrens zou eigenlijk voor alle artikelen op één leeftijd gesteld moeten worden.

Een rechter en officier in *x* hebben in een zaak gezegd [citeert uit krantenartikel] 'de wettelijke minimumleeftijd voor vrijwillige seks is volgens een rechter en een officier van justitie in *x* niet meer van deze tijd. Omdat jongeren gemiddeld steeds vroeger seksueel actief worden, is de minimumleeftijd van zestien jaar mogelijk achterhaald. De politiek kan overwegen de leeftijd naar beneden bij te stellen.' Een kreet naar mijn hart. In de Kamer is hierover gesproken, maar ze vonden het geen doorslaggevend argument. De leeftijd gaat eerder omhoog. Maar de rechter heeft wel een punt. Jongeren worden sneller seksueel actief, worden sneller rijp en daar lijkt niet bij te passen dat de leeftijden omhoog worden gegooid. Er spelen natuurlijk meer factoren een rol. Het is natuurlijk begrijpelijk dat jongeren tegen zichzelf in bescherming moeten worden genomen, maar de rechter heeft hier wel een punt. Dit punt gaat de hele wetssystematiek door – dan is het weer zestien, dan is het weer achttien, dan is het weer zestien en dan is het weer achttien – ik zie soms door de bomen het bos ook niet meer. Ik moet telkens de wet erop naslaan 'wat is hier de grens ook al weer en wat is daar de grens ook al weer?', terwijl ik toch redelijk wat zedenzaken doe. En als wij dat al niet meer helemaal zeker weten, dan weet een burger dat waarschijnlijk ook niet. De essentie van wetgeving is dat het helder is en dat de burger moet weten waar hij aan toe is. Om de leeftijd bij te stellen naar veertien, dat vond ik vrij vergaand, zeg ik er eerlijk bij. Dat kun je niet één, twee, drie bijstellen en daar zal je onderzoek naar moeten doen of dat reëel is, maar het lijkt wel dat de leeftijd van achttien soms niet meer helemaal past. Soms is dit te concretiseren door eigen waarneming op zitting of waarneming op videobeelden. Als ik zie wat voor een handelingen worden gepleegd en wat voor een initiatieven worden ontplooid, dan is dit anders dan in mijn tijd. Als ik hieraan een conclusie mag verbinden, dan is het eerder passend de leeftijd bij te stellen van achttien naar zestien dan het bij te stellen van zestien naar achttien.

Advocaat 2
Bij deze artikelen zou ik ook aansluiting zoeken bij zestien. Ik vind het heel raar dat nu opeens de categorie nul tot achttien hetzelfde is. Daarvoor zie je een onderscheid – twaalf, zestien – en hier is het opeens achttien. Dat is heel raar; dat is niet consistent. Dus ik zou dit laten aansluiten bij die andere bepalingen.

Er zit natuurlijk een verschil in: bij 248f gaat het om dwang en geweld en bij 248a is het uitlokken. Je zou ook kunnen denken: uitlokken dan wel bevorderen van ontucht op welke manier dan ook beneden de twaalf 'keihard afstraffen', beneden de zestien 'hard afstraffen' en tussen de zestien en achttien daar zou je bijvoorbeeld van kunnen zeggen 'dan eis ik dat er dwang is'. Dan is het enkel uitlokken onvoldoende. Je kunt je met die hele categorisering afvragen ook of achttien, wat het nu is, de grens zou moeten zijn, want Opstelten denkt erover om prostitutie bijvoorbeeld strafbaar te stellen beneden de eenentwintig. Dat zou mij ook een logischer leeftijd lijken om in zedelijkheidswetgeving bij aan te sluiten als je vindt dat die loverboyproblematiek serieus is en dat je die harder moet aanpakken dan in het verleden is gebeurd.

Als dat je stelling is, dan ligt het voor de hand om de leeftijd op te rekken naar eenentwintig, want dan zijn meisjes toch weerbaarder als het goed is als volwassenen etc. En dan zou je dat hier ook moeten doen.

Art. 248a zou eventueel ook wel naar zestien kunnen, want de rest van de wet heeft een grens bij twaalf en bij zestien. Je zou dan kunnen zeggen: boven de zestien, dan vervalt eigenlijk 248a, maar gaan we over naar 248f. Dus dan moet dwang bewezen worden. Aan de andere kant, de dames van loverboyclubs die haten mij dan, want die zeggen natuurlijk: maar het gaat bij ons vooral om misleiding; het in de waan worden gelaten of verliefd zijn gemaakt etc. Dat vind ik een heel *tricky* iets. Ik maak daar veroordelingen in mee dat ik echt denk van: 'nou, ik weet het niet'. Er wordt hier wel heel erg de kant van de vrouw in kwestie gekozen en beschermd. Maar ik denk als je als overheid gaat zeggen: je mag jezelf pas prostitueren als je eenentwintig bent, dan ligt het natuurlijk wel voor de hand om ook dit soort delicten tot eenentwintig strafbaar te stellen. Nou, dan kun je nog steeds die aansluiting zoeken met zestien die de rest van de wet in andere delicten kent.

Ik denk dat je daar op zijn minst over moet discussiëren met elkaar. En dan kan best de uitkomst zijn dat je zegt: prostitutie vinden we een dusdanig iets dat we daar eenentwintig van maken en de rest houden we toch op achttien. Om te voorkomen dat Opstelten dat straks doorvoert en dat we dan hier over tien jaar weer zitten met de vraag 'goh, vindt u het geen lappendeken?', zou je die discussie wel moeten hebben gevoerd met elkaar. Dan heb je in ieder geval een rationele beslissing gemaakt.

#68 Overwogen zou kunnen worden de maximumstraffen die staan op art. 250 Sr fors te verhogen. (A2)

#69 Overwogen zou kunnen worden het feit dat een minderjarige aan iemands zorg is toevertrouwd een strafverzwarende grond te maken bij alle zedenbepalingen. (A2) (zie #108, #108H, #122, #125, #125H, #144, #144H en #151)

#70 Indien het voorgaande voorstel wordt overgenomen, dan zou overwogen kunnen worden art. 250 Sr te laten vervallen. (A2)

Advocaat 2

Ik vind het onbegrijpelijk dat er slechts vier jaar staat op art. 250, als jij met een aan jouw zorg toevertrouwd iemand bevordert of teweegbrengt dat daar dingen mee gebeuren. Ik vind dat onbegrijpelijk in het licht van de andere strafbedreigingen. Dat kan toch niet? Ik vind dat heel vreemd. En dan drie jaar als je weet dat iemand minderjarig is, maar die is dan niet aan je zorg toevertrouwd. Het gaat bij dit delict om situaties waar een pleegvader het goed vindt dat het hele dorp zijn dochter pakt en daar voor vangt. Als je die hiervoor gaat vervolgen, dan vind ik vier jaar echt totaal *out of order*. Dat maak je toch wel vaker mee. We hebben nu natuurlijk de Commissie Samson gehad die het een en ander heeft gezegd over jeugdzorg in het verleden, maar

ik draai ook zaken van jeugdzorg in het heden en ik kan je verzekeren: dat komt nog steeds op grote schaal voor. In pleeggezinnen, in internaten, in jeugdgevangenissen. Dat kan toch niet waar zijn, dat je vier jaar krijgt?

Ik vind dat als je de zorg hebt voor een kind, dat enkele gegeven zou strafverzwarend moeten zijn en dan kan je het delict koppelarij gewoon uit het wetboek schrappen. Maak het gewoon een strafverzwarende omstandigheid dat als er dingen gebeuren met een kind dat aan jouw zorg is toevertrouwd en jij hebt daar de hand in, dan krijg je gewoon een derde bovenop de straf. Dus als er een maximum van acht jaar is voor kinderpornovervaardiging, maar jij laat dat doen met een kind dat aan jouw zorg is toevertrouwd, dan krijg je er een derde bovenop. Het zou gewoon een strafverzwarende grond bij alle zedendelicten moeten zijn. Dan maak je het ook veel duidelijker.

#71 Overwogen zou kunnen worden de artikelen 248f en 250 Sr in één bepaling te vangen. (A3)

- Art. 248f Sr en art. 250 Sr zien min of meer op dezelfde gedragingen. (A3)
- Art. 250 Sr is verouderd en is onhandig geformuleerd. (A3)

Advocaat 3

Het meest in het oog springend vind ik dat je een combinatie zou moeten maken tussen 248f en 250. Art. 248f is natuurlijk heel nieuw en er is bedacht van: dit is een nieuw wetsartikel dat niet onder koppelarij valt te brengen. Ik denk dat daar een oplossing voor zou moeten te vinden zijn, zeker ook omdat koppelarij sowieso een artikel is wat volgens mij opnieuw bekeken kan worden in de zin van ‘hoe formuleer je dat wat moderner?’ Ook de manier waarop het is opgesteld, dat je meteen in de subs komt en denkt: hé wat moet ik nou lezen? Wat wordt er nou gestraft? Ik denk dat ze sowieso een gelegenheid voorbij hebben laten gaan om die te moderniseren en misschien meer in de richting van art. 248f te brengen. Het is mijn gevoel daarbij dat je een beetje dezelfde dingen probeert te vangen en strafbaar te stellen.

#72 Overwogen zou kunnen worden gedragingen die betrekking hebben op het verleiden van jeugdigen in één bepaling onder te brengen. (R2)

Rechter 2

Hier speelt ook weer de samenhang met andere zaken, want in 247 staat weer in ‘laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt’ en de vraag is: hoe verhoudt zich dat tot 248a of 248f? Daar zie ik samenhang in en dan denk ik: zet dat nou logisch bij elkaar. Ik denk dat je daar meer samenhang in zou kunnen brengen. Er is te veel overlap en er zijn te veel uitsplitsingen op detailniveau ten aanzien van

ieder afzonderlijk delict. Maak er nou één geheel van; dat is wel handiger. Je zit eindeloos te puzzelen en waarom?

#73 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'opzettelijk' te verwijderen uit art. 248a Sr. (A3)

- In de praktijk wordt het opzet op het bewegen ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen te dulden afgeleid uit de gebruikte uitlokkingsmiddelen. Dat betekent dat het opzet verworden is tot een dode letter. (A3)

Advocaat 3
Het bestanddeel 'opzettelijk' in 248a vind ik lastig, omdat het eigenlijk bijna altijd als gegeven wordt beschouwd. Het wordt erg ruim uitgelegd; daar loop ik wel vaker tegen aan bij een aantal artikelen. Dan is het natuurlijk altijd de vraag: betekent dat niet dat je de normstelling moet bijstellen als je het zodanig oprekt dat het eigenlijk bijna niks meer toevoegt? Als die omstandigheden, giften, beloften, geld, goed, misbruik van feiten aanwezig worden geacht, dan wordt altijd ook de intentie en het opzet om daarmee iemand te 'bewegen tot' aangenomen. Dat wordt ineen genomen. Misschien zou je erover na kunnen denken om het woordje 'opzettelijk' te verwijderen uit de delictsomschrijving, want in 'bewegen' – je beweegt iemand ergens toe door middel van giften, beloften etc. – zit het al in. Opzet is natuurlijk in het hele begrippenkader wel een belangrijk en wezenlijk en zwaar element. Als je dat er in zet, dan moet er een gedachte achter zitten, vind ik. Als je dat eigenlijk wegpoetst in de jurisprudentie door dat eigenlijk bijna altijd wel aanwezig te achten als aan die andere omstandigheden is voldaan, dan moet je je afvragen of het er in moet blijven. Het is eigenlijk een soort dode letter geworden in de praktijk.

#74 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of het mogelijk is meer handvatten te bieden met betrekking tot het bestanddeel 'aan zijn zorg toevertrouwde minderjarige' in art. 250 Sr (en andere delicten). (R3) (zie #124)

Rechter 3
Een ander punt hier – dat komt later ook nog bij andere delictsomschrijvingen – wat ik toch altijd lastig vind is het 'aan zijn zorg toevertrouwd'. Bij 250 is dat dan: wat valt daar nou wel en wat valt daar niet onder? Ook dat is vaak wel een discussie als je het hebt over – ik noem maar wat – een minderjarige die uit logeren gaat. Ben je op dat moment aan de zorg toevertrouwd? Hoe ver strekt die zorgplicht zich uit? Of als een kind een middagje aan het spelen gaat. Ben je dan al aan de zorg toevertrouwd? Als daar wat meer duidelijkheid over komt, handvatten daarover, dan zou ik dat wel prettig vinden. Wanneer ben je nou in zo'n speciale verhouding tot een minderjarige dat je je

om die reden hier moet onthouden van het plegen van dergelijke handelingen?

#29H Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 247 Sr, hetgeen een strafbedreiging van zes jaar oplevert en anderzijds art. 248a Sr, hetgeen een strafbedreiging van vier jaar oplevert, te herzien. (Notitie OM 2014; NRM) (zie #29)

- Het is inconsequent dat het iemand van onder de zestien jaar zonder uitlokkingsmiddelen overhalen tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen met een maximumstraf van zes jaar kan worden bestraft (art. 247 Sr), terwijl dezelfde gedraging mét uitlokkingsmiddelen slechts met een maximumstraf van vier jaar kan worden bestraft (art. 248a Sr). (NRM)

Notitie OM 2014 (document)
'Als het gaat om ontuchtige handelingen met of door kinderen onder de 16, niet zijnde seksueel binnendringen, is artikel 247 van toepassing. Dit artikel stelt tekstueel twee vormen van ontucht strafbaar:
- het plegen door de verdachte van ontuchtige handelingen met het kind
- het verleiden door de verdachte van de minderjarige tot het plegen van ontuchtige handelingen met een derde.

Strikt genomen wordt niet strafbaar gesteld het verleiden / aanzetten / bewegen van de minderjarige om handelingen te plegen met de verdachte. In de praktijk wordt dit veelal ondervangen door ten laste te leggen dat de verdachte ontuchtige handelingen pleegt, bestaande uit het *zich laten* aftrekken, het *zich laten* zoenen etc. Door in de tenlastelegging de lijdende vorm te kiezen, kan dan toch 247 Sr worden bewezenverklaard. Er geldt dan een strafmaximum van 6 jaar.

Dit levert wel een bijzondere verhouding op met artikel 248a Sr. Daar is namelijk wel met zoveel worden strafbaar gesteld het "bewegen tot dulden" van ontuchtige handelingen die gepleegd zijn door de verdachte ten opzichte van de minderjarige. Artikel 248a Sr kent in die zin de lijdende vorm al in de tekst van de wet. Echter, als er gekozen wordt voor tenlastelegging van artikel 248a Sr in plaats van artikel 247 Sr in een lijdende vorm, dan is er een strafmaximum van 4 jaar in plaats van 6. Een verschil dat lastig te verklaren is.

Een verschil tussen artikel 248a Sr en 247 Sr is dat 248a een uitwerking kent van de wijze waarop de minderjarige moet zijn aangezet/verleid/bewogen tot dat dulden van die ontuchtige handelingen. Het gaat daarbij om het aanzetten/verleiden/bewegen door giften of beloften van geld of goed, door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding. Maar het is lastig voor te stellen dat de wetgever echt heeft beoogd juist een lager strafmaximum te bewerkstelligen voor aanzetten/verleiden/bewegen op deze specifiek genoemde wijze.

In de jurisprudentie worden de zedenartikelen ook niet op deze manier als onderlinge specialis gezien. Het staat het OM dus vrij om in gelijke gevallen te kiezen voor een – in de lijdende vorm tenlastegelegde – overtreding van artikel 247 Sr of een overtreding van 248a Sr, in vergelijkbare gevallen. Zo is bijvoorbeeld een redelijk leeftijdsverschil tussen verdachte en de minderjarige voldoende om aan te nemen dat er sprake is van een "uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht". (...)

<u>Voorstel:</u> Wijzig de tekst van 247 Sr op een zodanige wijze dat zonder twijfel strafbaar is het doen plegen van ontuchtige handelingen met de verdachte zelf. Bekijk de samenhang van 248a Sr en 247 nader, pas de teksten op elkaar aan en maak duidelijk waarvoor nu precies wel en niet het strafmaximum van 6 jaar geldt.'

Officier 3
De zedentitel is zo ingewikkeld, dat iemand die twaalf jaar zedenzaken doet bij het OM nog steeds elke keer in de wet moet kijken om te zien wat het ook al weer is. Zo is het ook met art. 247 Sr. Hoe langer ik met art. 247 werk, hoe onduidelijker ik hem vind. Eigenlijk staat er niet dat als jij de minderjarige verleidt tot het plegen van handelingen met jouzelf, dat dat dan onder 247 valt. Dat is raar, want waar moet je het dan kwijt? Er zijn wel allerlei artikelen waar je het kwijt kan, maar in 247 kan je het misschien niet kwijt. We doen het altijd wel. We zeggen gewoon dat hij zich bijvoorbeeld heeft laten pijpen door de minderjarige, waarmee hij de ontuchtige handelingen pleegt door zich… Maar dan kies je dus een lijdende vorm, terwijl de tekst van de wet alleen de derde benoemt. Dat is vreemd. Er is nooit iemand die daar een probleem van maakt, dus we redden ons er uitstekend mee, maar het is eigenlijk heel gek. Art. 247 Sr zou zo geformuleerd moeten worden dat buiten twijfel staat dat dit onder de bepaling valt. Het is een soort van 'overvolledigheid' lijkt het, waardoor het weer onduidelijk is geworden.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Door iedere keer een nieuw artikel er aan toe te voegen, zie je eigenlijk ook dat die inconsequentie steeds groter wordt. Als je kijkt naar 248a, dan gaat het ook weer om een slachtoffer jonger dan achttien jaar. Want 248a gaat over onder de achttien en 247 over onder de zestien. Maar onder de achttien houdt ook in onder de zestien. Op 247 staat een strafbedreiging van zes jaar en op 248a staat vier jaar, dus als een zestienminner is overgehaald tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen zonder een uitlokkingsmiddel is de strafbedreiging zes jaar en mét een uitlokkingsmiddel is dat vier jaar. Dat is wonderlijk.

#75 Overwogen zou kunnen worden de gedragingen die beschreven worden in art. 250 lid 1 Sr als een pendant van art. 249 Sr vorm te geven. (RK)

Renée Kool
Ik heb het idee dat 250 een soort species is van 249. In 249 doe je hetzelfde als in 250 bij de bevorderaar, de uitlokker bij wijze van spreken. Terwijl het allebei wel is dat je daar een soort bijzondere verhouding mee hebt. Het komt uiteindelijk een keer voor natuurlijk, die 250, en ik vind wel dat dat strafwaardig gedrag is. Het is maar hoe je het vormgeeft. Je zou het ook een pendant van 249 kunnen maken: zelf het genot hebben of uitventen.

#76 Overwogen zou kunnen worden de term 'ontuchtige handelingen' in de gehele zedentitel te vervangen door de term 'seksuele handelingen'. (A2) (zie #35)

- De term 'ontucht' is voor burgers – en zelfs voor professionals – lastig te begrijpen. (A2)

- Door het gebruik van de term 'seksuele handelingen' kan duidelijker uiteengezet worden wat al dan niet onder de norm in kwestie valt. (A2)

- Bij het op deze wijze herzien van de zedentitel moet ervoor gewaakt worden dat geaccepteerde relaties buiten het bereik van de wet worden gehouden. (A2) (zie #35)

Advocaat 2
Je houdt natuurlijk dat voor de burger 'ontucht' een onbegrijpelijk woord is. En juristen moeten er ook een cursus voor volgen om erachter te komen wat de huidige stand van ontucht is. Ik las laatst een uitspraak ergens – die heb ik ook getwitterd – dat de rechtbank een trio tussen een vijftien-, zestien-, zeventienjarige geen ontucht vindt gezien de huidige seksuele moraal.[40] Dan denk ik: 'nou, ik weet niet of de gemiddelde Nederlander het nou een goed idee vindt dat zijn vijftienjarige dochter of zoon in een trio belandt'. Misschien wel, maar ik had het zelf – en ik doe veel zedenzaken – niet gelijk bedacht. Ik denk wel dat de wetgever daar duidelijker in zou kunnen zijn. Je kan toch ook zeggen 'seksuele handeling' in plaats van 'ontuchtige handeling'? En dan moet je vervolgens natuurlijk nog wel kritisch kijken van: 'oké, lopen dan de normale relaties daar een risico door?' Dat zou vervelend zijn. Dat is het enige risicovolle, maar verder… Ja, ga maar eens uitleggen aan iemand wat ontucht is; dan ben je toch wel even bezig. Een heldere omschrijving zoals 'seksuele handeling' biedt veel meer duidelijkheid aan de bevolking over wat nu wel en wat nu niet mag.

#77 Overwogen zou kunnen worden bepalingen die lijken te suggereren dat de ontucht betrokken dient te zijn op bepaalde personen in die zin aan te passen dat enkel 'ontuchtige handelingen' worden vereist. Dat betekent dat woorden die een der-

[40] Het gaat om Rb. Rotterdam 3 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4933.

gelijk verband lijken aan te duiden, zoals 'met', 'van' of 'door', uit de bepalingen in kwestie geschrapt dienen te worden. (O5) (zie #101)

- Het feit dat bepaalde delictsomschrijvingen lijken te suggereren dat de ontucht betrokken dient te zijn op bepaalde personen zou mee kunnen brengen dat strafwaardige gedragingen naar het oordeel van de rechter buiten het bereik van de bepalingen in kwestie vallen. (O5)

- Het ontuchtbestanddeel wordt in de zedentitel op verschillende wijzen uitgedrukt. Het zou goed zijn om meer consistentie aan te brengen. (O5)

Officier 5
Het is nog niet echt een *issue* in de jurisprudentie, maar ik verwacht dat dat ooit eens gaat komen. Tenminste, wij hebben het er onderling wel over. Je hebt heel veel – dat staat hier bijvoorbeeld ook – ontucht mét een derde of ontucht mét hem. Dat woordje 'met'. Ook weer de digitale wereld. Ben jij ontucht mét iemand aan het plegen als je dat virtueel doet? Als je dat aan de andere kant van de wereld via de webcam doet bijvoorbeeld? Vaak komen we er wel hoor, omdat iemand ontucht met zichzelf pleegt. Dat kan je onder 'ontuchtige handelingen' of zo scharen. Maar soms heb je artikelen waar het alleen maar gaat om 'ontucht plegen met'. Dan kan je bijvoorbeeld denken aan art. 247. Er staat niet dat diegene met zichzelf ontucht kan plegen voor de webcam; het gaat erom dat de verdachte ontucht pleegt 'met iemand'. Maar pleeg je ontucht met iemand die aan de andere kant van de wereld achter een webcam zit?

Als je al die termen naast elkaar legt – het is 'ontucht dulden', 'ontucht plegen met', 'ontuchtige handelingen' – daar moet ook eens goed naar gekeken worden, omdat er ook wel verschillen tussen zijn. Het is een heel verschil of er alleen maar staat 'ontucht plegen met' of het 'plegen van ontucht' – door wie, met wie of met wat dan ook. Dan zou ik dus zeggen: maak het over de hele linie wat breder. Heb het gewoon over 'ontucht plegen' – bewegen tot het plegen of dulden van ontucht – en laat er buiten of dat met iemand, met iets of met zichzelf is. Het plegen van ontucht *punt*.

We hebben er nog geen last van gehad, maar het gaat wel een keertje komen dat er een discussie komt. Vooral met dat webcamsekstoerisme wat op dit moment heel erg opkomt – dus dat je hier in Nederland betaalt en in Manilla zetten ze een kind achter de webcam voor je. Ben jij dan met dat kind ontucht aan het plegen? Ik weet het niet. Maar goed, dan noemen we het wel weer mensenhandel of zo. We zoeken er altijd wel weer een artikel bij. Maar het is wel een woordje waarvan ik mij afvraag of dat het eeuwig gaat houden.

3.2.4 Jeugdprostitutie (art. 248b Sr)

> Artikel 248b Sr
> Hij die ontucht pleegt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

#56H Overwogen zou kunnen worden één bepaling te creëren die betrekking heeft op prostitutiegerelateerde gedragingen. Aan deze bepaling zouden bepaalde strafverzwarende gronden, zoals jeugdige leeftijd of het gebruik van geweld, kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #47, #56, #86, #107, #107H, #165 en #180)

Officier 5 (naar aanleiding van art. 248a, 248f en 250 Sr)
Ik heb altijd zitten denken: waarom hebben we niet ook een soort prostitutieartikel? Ik vind namelijk het mensenhandelartikel een heel fijn artikel. Het is natuurlijk idioot ingewikkeld, maar alles staat er wel in wat je nodig hebt. En dat is natuurlijk inderdaad zo'n kolom met allerlei verschillende varianten. En dan hoeft prostitutie wat mij betreft niet per se tegen vergoeding of zo te zijn, maar inderdaad ook wat hier staat. Dus jij bevordert dat een derde seks heeft met jouw kind of jij gaat dat uitlokken. Waarom hebben we daar niet één artikel voor? Wat in de zedentitel valt. Dus het uitlenen van kwetsbare mensen, kinderen en vrouwen die dan in een afhankelijkheidsrelatie zitten of onder dwang. Met een derde wel of niet tegen betaling, wel of niet met gevolg. Waarom zit dat niet allemaal bij elkaar? Want dat vind ik dus van die koppelarij en dat bevorderen van die ontucht. Misschien heb ik maar een heel beperkt idee van zulke situaties, maar volgens mij zijn het iedere keer de situaties waarin ofwel een vrouw ofwel een kind op de een of andere manier geprostitueerd wordt, uitgeleend wordt, verhandeld wordt, noem het maar op. Dat komt allemaal op hetzelfde neer. Dus waarom zit dat ook niet in één artikel? En daar kan je dus ook die hele discussie over pooierartikelen onderbrengen. Want dan krijg je een beetje de uitbuiting van het mensenhandelartikel. Dat je zegt: 'oké, jij trekt voordeel uit het koppelen, bevorderen van ontucht met een derde'. Is het een kind onder een bepaalde leeftijd, komt er nog een derde bovenop; lichamelijk letsel, nog iets erbij. Een beetje op die manier. Ik kan mij niet herinneren dat ik er ooit een zaak van ten laste heb gelegd. Want als ik in dit soort situaties zit, zit je meestal in de mensenhandel. Zeker die koppelarij niet. Dat art. 248f is natuurlijk ook vrij nieuw – ik kan me nog eens voorstellen dat die voorkomt – maar koppelarij is volgens mij... Dat is echt niveau 'stroperij' en zo; van dat soort obscure artikeltjes. Volgens mij gebruikt echt helemaal niemand dat ooit. Zou kunnen, maar ik ken het niet.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 248b Sr)
Hier geldt wat ik net zei over één prostitutieartikel. Dit kan bij de koppelarij en het verleiden tot ontucht met een derde. Het moet allemaal op één hoop worden gegooid.

#78 Overwogen zou kunnen worden een pendant van art. 248b Sr te creëren die betrekking heeft op personen die de leeftijd van twaalf jaar maar nog niet die van zestien jaar hebben bereikt. Dit delict zou een hogere maximumstraf moeten hebben dan art. 248b Sr. (A2)

#79 Overwogen zou kunnen worden een pendant van art. 248b Sr te creëren die betrekking heeft op personen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt. Dit delict zou een hogere maximumstraf moeten hebben dan het bovengenoemde delict. (A2)

#80 Overwogen zou kunnen worden de omstandigheid dat een zedendelict plaatsvindt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling als een strafverzwarende grond aan bepaalde zedendelicten te koppelen. (A2)

Advocaat 2
Je vraagt je dan gelijk af: wat gebeurt er nou met iemand die ontucht pleegt met iemand van jonger dan zestien die zich beschikbaar stelt voor het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling? En als je dan de wet pakt, dan is het artikel daarvoor uitlokking van minderjarigen tot ontucht en dat is vier jaar en dit is ook vier jaar. Dan denk ik: dat vind ik dan raar. Als je steeds het opzet hebt om beneden de twaalf zwaarder te straffen dan tussen twaalf en zestien en dan vanaf zestien – en dan is er hier opeens één categorietje uitgelicht, namelijk die van zestien tot achttien – dan zou je verwachten dat we dan toch wel nog zwaarder gaan straffen bij een persoon jonger dan zestien. Hier zit het element in, prostitutie, dat niet zit in de normale ontuchtbepalingen. En je zou toch denken dat, laten we zeggen, het verrichten van seksuele handelingen met iemand beneden de zestien verwerpelijk is, maar dat het misschien nog wel iets verwerpelijker wordt als je daar ook nog voor gaat betalen. En dat onderscheid zit daar dan weer niet in – alsof dat in Nederland niet voorkomt – terwijl we weten dat dat wel voorkomt. Dus qua systematiek deugt het niet, want bij die andere delicten heb je die categorieën wel en hier opeens weer niet. Het argument van politici is 'we hebben gewoon de normale ontucht- en zedenbepalingen', maar daar zit dan weer dat prostitutie-element niet in. Het is een beetje katholiek gedrag, zo van: het komt hier niet voor.

Je zou hier ook nog een variant kunnen maken die betrekking heeft op onder de zestien en onder de twaalf en daar dan gewoon een substantieel

zwaardere strafbedreiging opzetten. Maar je zou het feit dat de ontucht in de prostitutie plaatsvindt ook als een strafverzwarende omstandigheid kunnen opvoeren bij de gewone zedenbepalingen.

#81 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'ontucht plegen' in art. 248b Sr te vervangen door een neutralere term, zoals 'verrichten van seksuele handelingen'. (A3)

- Het bestanddeel heeft geen toegevoegde waarde, omdat de gedraging in kwestie onder alle omstandigheden als ontuchtig is te beschouwen. (A3; RK)

#82 Overwogen zou kunnen worden alle bestanddelen in de zedentitel die betrekking hebben op ontucht, maar die geen toegevoegde waarde hebben omdat de gedraging in kwestie onder alle omstandigheden als ontuchtig is te beschouwen, te vervangen door een neutralere term. (A3)

Advocaat 3
Ik heb ook zitten worstelen met de term 'ontucht' in een aantal artikelen. De achtergrond is dat gezegd wordt: 'seks voor twaalf is gewoon onacceptabel, boven de twaalf kijken we naar de sociaal-ethische norm'. Maar eigenlijk is de sociaal-ethische norm dat het niet kan. Dat is al duidelijk. Je kunt hier niet iets zeggen van: 'ja, dit is niet ontuchtig in deze delictsomschrijving', want wij vinden het ontuchtig; we vinden het strafbaar. Je kunt eigenlijk geen omstandigheden bedenken waarom het niet in strijd zou zijn met de sociaal-ethische norm. Dus heel vaak waar 'ontucht' wordt gebruikt, denk ik: wat vinden we nou? Vinden we dat het niet kan? Dan moet je gewoon zeggen dat het niet kan. In een aantal delictsomschrijvingen is het van 'als er maar in geringe mate een leeftijdsverschil is...' – dat is natuurlijk het meest duidelijke voorbeeld – maar dat vinden we hier eigenlijk ook niet kunnen. Het is eigenlijk per definitie ontuchtig en dan moet je gewoon zeggen 'seksuele handelingen' of iets dergelijks.

Renée Kool
Het is eigenlijk ook een rare formulering. 'Hij die ontucht pleegt met', dat is eigenlijk al dubbelop. Het seksuele handelingen verrichten tegen betaling met iemand die zó jong is, is ontucht. Dus je hoeft die ontucht er al niet meer in te hebben. Je moet iemand in die leeftijd niet dat beroep laten uitoefenen. Op die leeftijd ben je nog te jong om op die manier 'zzp'er' te zijn.

#83 Overwogen zou kunnen worden duidelijker dan nu het geval is in de delictsomschrijving van art. 248b Sr neer te leggen dat de leeftijd geobjectiveerd is. (A3) (zie #37)

- Voor gewone burgers is vaak niet evident dat verweren die betrekking hebben op de afwezigheid van opzet of schuld in deze context niet van belang zijn. (A3)

Advocaat 3 (naar aanleiding van art. 248b Sr)
Hier geldt ook weer de duidelijkheid rondom het geobjectiveerd zijn van de leeftijd, wat ik al eerder heb gezegd.

Advocaat 3 (naar aanleiding van art. 244, 245 en 247 Sr)
Waar ik steeds tegen aanloop is het geobjectiveerd zijn van de leeftijd. Ik heb daar niet zo snel een oplossing voor, maar ik denk dat je met dit soort feiten heel erg duidelijk moet communiceren dat absoluut niet relevant is of je al dan niet weet of iemand die leeftijd heeft. De wetgever moet duidelijker omschrijven dat de leeftijd geobjectiveerd is. In het strafrecht gaat het altijd om vragen als: heb je iets geweten?; heb je iets kunnen voorzien?; is het opzettelijk?; is het welbewust? Hoe schrijnend het ook is – iemand verkoopt zichzelf als eenentwintig en ziet er ouder uit – mensen hebben de neiging die discussies wel te voeren, maar je moet eigenlijk gewoon heel duidelijk zijn: ongeacht of je het wist of niet, het kenbaar was of had moeten zijn, vinden wij het gewoon niet akkoord. Het gaat echt om de normstelling, omdat dit natuurlijk wel een element is wat in heel veel uitspraken van de Hoge Raad gewoon duidelijk is neergelegd. Voor professionals is het wel duidelijk, maar het moet duidelijk verwoord worden dat het niets te maken heeft met schuld of wetenschap. Al kon je het absoluut niet weten of vermoeden, je zit toch fout.

#84 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of de leeftijd in art. 248b Sr wel geobjectiveerd zou dienen te blijven. Bij een bevestigend antwoord op die vraag zou overwogen kunnen worden de bepaling op een andere plaats op te nemen. (A5)

- Vanuit wetssystematisch oogpunt is het curieus dat de leeftijd in art. 248b Sr geobjectiveerd is, terwijl dat in art. 248c Sr niet het geval is. (A5)

Advocaat 5
Zou het wenselijk zijn om de geobjectiveerde leeftijd in art. 248b Sr te handhaven? Oftewel, moet in dit geval wellicht de leeftijd niet langer geobjectiveerd worden, maar onder het opzet worden gebracht? Zou het een idee zijn om de gelijkschakeling te maken met 248c, want daar wordt namelijk wel die wetenschap gebracht onder ‘weten of redelijkerwijs moeten vermoeden dat het iemand onder de achttien betreft’. Dus als je hem in deze reeks laat staan, dan komt hij er een beetje atypisch uit, wat mij betreft, omdat de leeftijd hier nog geobjectiveerd is en in de volgende bepaling dan ineens niet. Kijk, als het een beschermingsbepaling is, dan moet je het niet onder het opzet brengen, denk ik. Want dan is de gedachte erachter gewoon: iemand moet ook als die

zichzelf aanbiedt tegen zichzelf beschermd worden. De vraag is of dat thematisch dan op deze plek goed is. Als de wetgever zou zeggen 'het moet in de vorm blijven staan', dan moet het misschien op een nieuwe plek; dan moet je dat thematisch ergens anders neerzetten.

#85 Indien op basis van ervaringen uit de praktijk of empirisch onderzoek kan worden vastgesteld dat een substantieel gedeelte van prostitués of prostituees onvoldoende in staat is op het punt van betaalde seks zijn of haar wil te bepalen, dan zou overwogen kunnen worden de leeftijdsgrens van art. 248b Sr op eenentwintig jaar te stellen. (R1)

Rechter 1
Het wordt ingewikkeld als je enerzijds zegt dat prostitutie een legaal beroep is en je zou zeggen dat je minstens drieëntwintig moet zijn. Ik zou zeggen: maak er eenentwintig van, mijn zegen heb je. Je beschermt in ieder geval kwetsbare personen. Je zou kunnen zeggen van: 'is er iets voor te zeggen om dat op te trekken naar eenentwintig?' Juist om te voorkomen dat vrouwen… Maar goed, juist vrouwen zijn vaak mentaal eerder rijp dan mannen. Maar hier gaat het niet per se om vrouwen; het kan natuurlijk ook om mannen gaan. Als je enerzijds zegt, sommige mensen zijn tot hun drieëntwintigste niet volledig mentaal zo ontwikkeld dat je ze als volwassenen kun berechten, dan is dat natuurlijk vreemd… Dus je zou eigenlijk als uitgangspunt moeten nemen dat als de persoon die zich prostitueert op bepaalde punten in onvoldoende mate in staat is, juist op het punt van betaalde seks, zijn wil te bepalen. Alleen dan krijg je heel vervelende dingen. Dan moet in feite het slachtoffer c.q. de aangever c.q. de persoon die helemaal geen slachtoffer of aangever wil zijn, mentaal ontleed worden.

Je kunt zeggen dat als er overduidelijk misbruik wordt gemaakt van een overmachtspositie, dan zit je in de mensenhandel sfeer. Daarmee kun je hier ook uit de voeten. Dus hier gaan we er even van uit dat het gaat om geheel vrijwillig, geen aanwijzing van onvolkomenheden, en dat je het anders oplost; langs de weg van mensenhandel. Daar zitten ook gedwongen prostitutievarianten in. Ik denk dat dat maar beter is, omdat als je het anders doet dan wordt het, met name voor het slachtoffer, heel onverkwikkelijk.

Per saldo zie ik geen reden om het te wijzigen, maar mocht nou in de realiteit, mensen die vanuit de praktijk, vanuit het toezicht op deze grensgebieden in de prostitutie zitten, zeggen: 'jongens, het gaat daar fout, er zitten te veel mensen die formeel wel achttien zijn, maar die verkopen zich, die laten zich leiden met een natte vinger of die…' Maar dan vind ik dat echt een ander soort onderzoek. Waarbij je vanuit de werkelijkheid moet kijken: wat gebeurt er? En dat je dan dus je normatieve kaders laat voeden door wat er in de realiteit zich daar afspeelt. Het zou dan om substantiële aantallen moeten gaan, en dan niet 1 op de 100.000, maar eerder 10/15%. Je moet je dan realiseren wat het voor een gevolgen heeft als je dat gaat doen. En ergens moet je toch

weer een grens trekken. En of je dat nou bij eenentwintig doet of bij drieëntwintig.

Ik denk dat je eerst empirisch onderzoek moet doen. Eigenlijk zou het mooiste zijn een willekeurige steekproef, want als je de twintig meest mondige neemt, dan heb je geen centje pijn. Het gaat juist om de mensen die je waarschijnlijk niet geïnterviewd krijgt. Dat je daar op een gegeven moment een soort inzicht in zou kunnen krijgen van: 'jongens, dit is een rotte plek en die is zodanig groot dat je ook op dit punt moet zeggen, we willen gewoon in beginsel geen één onder de eenentwintig in de prostitutie'. Dat recht heb je denk ik als staat. Of dat werkt is een tweede.

3.2.5 Aanwezigheid seksshow met achttienminner (art. 248c Sr)

> Artikel 248c Sr
> Hij die opzettelijk aanwezig is bij het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel bij het vertonen van afbeeldingen van dergelijke handelingen in een daarvoor bestemde gelegenheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

#86 Indien één bepaling wordt gecreëerd die betrekking heeft op prostitutiegerelateerde gedragingen, dan zou art. 248c Sr ook in deze bepaling kunnen worden geïntegreerd. (O5) (zie #56 en #56H)

Officier 5

Art. 248c moet in het prostitutieartikel gestopt worden. En hier heb je dus ook weer die afbeelding. Dan is weer de vraag of *streaming* er ook onder valt. Als je een seksshow voor een *live* webcam laat opvoeren, valt dat dan hier onder? Je kan er wel weer een ander artikel bij zoeken, maar ik vind het niet handig. Ik snap bij dit artikel ook niet heel erg wat hier het idee achter was. Dit is volgens mij al wel in allemaal andere artikelen opgedeeld. En hier is het weer achttien jaar, waarom? Waarom wordt een zeventienjarige wel tegen seksshows beschermd, maar niet tegen heel veel andere ontuchtige handelingen, want dat houdt op als hij zestien is. Zal ook wel met internationale wetgeving te maken hebben.

#87 Overwogen zou kunnen worden art. 248c Sr zo aan te passen dat het ook betrekking heeft op personen die via moderne communicatiemiddelen getuige zijn van het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt. (A3)

- Art. 248c Sr is niet toegerust op de huidige tijd. (A3)

Advocaat 3
Ik vind dit artikel niet van deze tijd. Ik heb het in mijn carrière ook nog nooit bij de hand gehad. Ik vind dat het óf geschrapt zou moeten worden óf je moet een artikel maken waarbij je het ruimer opzet, in de zin van ook via internet, webcam, al dat soort omstandigheden en daar zou je ook fysieke aanwezigheid onder kunnen brengen. Ik denk dat je het moet combineren en moderniseren. Waarom ik niet neig naar afschaffing is dat ik me ook wel realiseer dat we in een tijd leven waarin ook vanuit Europa alle richtlijnen steeds meer gericht zijn op bescherming van minderjarigen tegen seksuele uitbuiting en tegen confrontatie daarmee.

#88 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of art. 248c Sr alleen betrekking dient te hebben op fysieke aanwezigheid of dat de bepaling ook betrekking zou dienen te hebben op vormen van digitale aanwezigheid. (A5)

Advocaat 5
Er is een uitspraak, waarbij de rechtbank in Breda heeft gezegd: meekijken met een webcam is niet 'aanwezig zijn'. Dus dat is een uitleg van die bepaling en de vraag is natuurlijk of dit in lijn is met wat de wetgever beoogd heeft te regelen. Dus wellicht dat dat een idee zou zijn om te kijken in hoeverre dat dus technisch misschien bekrachtigd moet worden of dat het juist een beetje uit de pas gaat lopen bij de bedoeling van de wetgever. De vraag is of dat dan de bedoeling van de wetgever is geweest om die begrenzing aan te brengen. Het is ingegeven doordat je tegenwoordig door het voortschrijden van de technologie ook weer op een andere manier ergens bij aanwezig kunt zijn. En de vraag is natuurlijk of de wetgever hier ook in mee moet gaan.

#89 Overwogen zou kunnen worden art. 248c Sr slechts van toepassing te laten zijn op personen die faciliterend optreden ten aanzien van het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt. (A2)

- Het bereik van art. 248c Sr is te ruim. (A2)

Advocaat 2
Deze bepaling valt wel heel erg ruim uit, omdat je dan eigenlijk altijd moet nagaan of iemand onder de achttien zou kunnen zijn. Daar valt dan ook een vrijgezellenfeestje onder, als daar bijvoorbeeld een bananenshow wordt gegeven, of bijvoorbeeld het bezoeken van een seksbeurs. Deze bepaling zou niet zozeer moeten zien op de enkele aanwezigheid, maar zou eigenlijk alleen betrekking moeten hebben op degene die het plegen van ontucht door iemand onder de achttien faciliteert.

#90 Overwogen zou kunnen worden art. 248c Sr gepaard te laten gaan van een overtredingsvariant waarbij geen opzet of schuld bewezen hoeft te worden. (R4)

#91 Overwogen zou kunnen worden bepalingen uit de zedentitel waarbij het bewijzen van opzet of schuld tot problemen aanleiding kan geven, gepaard te laten gaan van een overtredingsvariant waarbij geen opzet of schuld bewezen hoeft te worden. (R4) (zie #163)

- Het bewijzen van opzet of schuld kan aanleiding geven tot problemen. (R4)

- Het verdient aanbeveling de zedentitel op vergelijkbare wijze op te zetten als de Wet op de economische delicten. (R4)

Rechter 4
Bij dat punt 'opzettelijk', daarvan zou ik zeggen dat je dat eigenlijk moet verlichten. Daar moet je dus een culpose variant in brengen. Dat hoeft niet overal in de zedentitel, omdat die leeftijdsgrens is geobjectiveerd, dus daar levert dat geen bewijsproblemen op. Maar hier zit je dan met 'opzettelijk aanwezig zijn' en dat is dus kennelijk niet geobjectiveerd. Je kunt zeggen 'u was er', maar de vraag is van 'hoe kom je daar?' Je kunt zeggen: 'goh, ik wilde een biertje gaan drinken en nou ja het was een show van allemaal volwassen vrouwen en in één keer stond er ook een meisje, ik heb nauwelijks gekeken'. Ik kan me voorstellen dat je in zo'n geval moeite hebt met opzet. Als ik de zedentitel zelf zou opzetten, dan zou ik kijken naar de Wet op de economische delicten en dan zeggen: als deze delicten met opzet worden gepleegd, dan die straf en anders die straf. Je zou natuurlijk bij de niet-opzettelijke variant wel een heel hoog strafmaximum kunnen nemen, want het gaat mij eigenlijk met name om het vermijden van bewijsproblemen. Ik vind dat mensen überhaupt niet naar ranzige of ongereguleerde etablissementen moeten gaan. Voor mij zit de koppeling er aan dat je prostitutie dus uitsluitend toestaat in vergunde instellingen, vergunde bordelen, en alles wat je daarbuiten doet, doe je voor eigen risico. Daar moet je überhaupt niet zijn, maar als je er bent, dan doe je dat voor eigen risico en daar past dus een culpose variant bij.

In het algemeen, zou ik denken, is een strafmaximum van één jaar ook wel voldoende, omdat je nooit een jaar gevangenisstraf zou opleggen voor het aanwezig zijn bij zo'n show. Tenzij in de variant waarbij je weet dat het om een mensenhandelaar gaat en die wil je dan te grazen nemen, maar dan is twaalf maanden ook al heel veel, want daar kun je toch geen dwang bewijzen, want als je dát of mishandeling kunt bewijzen, dan zou je toch in een heel ander artikel terechtkomen. Het gaat voor mij echt om die restcategorie en het is een bepaald publiek mensen die zijn anders dan drugshandelaren omdat die, daar gaat het om veel geld en die kunnen zich vaak helemaal niet onttrekken aan zo'n drugsbende. Terwijl mensenhandelaren, dat is een ander

slag, dat zijn vaak meer psychopathische types die ook natuurlijk voor het geld gaan maar die ook zelf geen risico willen lopen, dus die zullen ook eerder geneigd zijn zich veilig te houden en buiten dit soort risicosferen te blijven dan drugsdealers.

Als je geen opzet of schuld hoeft te bewijzen en de verdachte slechts een avas-verweer kan voeren, dan komt hij heel gauw van de koude kermis thuis. Die vergelijking met de Opiumwet vind ik wel goed, want als je dan nu kijkt naar bewijs op grond van de Opiumwet, heb je eigenlijk zelfs een opzettelijke variant of voorwaardelijk opzettelijke variant eigenlijk bijna altijd, dus daar hoef je eigenlijk hoogst zelden – ik heb het misschien twee keer meegemaakt in vijftien jaar – terug te vallen op de overtredingsvariant. En het gekke is dat je bij zedendelicten met veel zwaardere bewijseisen zit en dat is niet erg bij de strikt genomen ontuchtdelicten of verkrachting omdat je daar wel klassiek bewijs echt nodig hebt, maar als je je dus begeeft in foute bordelen of foute etablissementen, dan vind ik dat je de bewijslast, de drempel, wel heel laag kunt leggen, maar dan is het inderdaad niet per se nodig om daar heel draconisch op te straffen, want dat doe je wel als je meer kunt bewijzen.

#3H Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 248c Sr, hetgeen betrekking heeft op 'ontuchtige handelingen' en anderzijds art. 240b Sr, hetgeen betrekking heeft op 'een seksuele gedraging', te herzien. Het verdient daarbij aanbeveling te opteren voor de term 'een seksuele gedraging'. (NRM; Machielse) (zie #3)

#92 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd in art. 248c Sr te objectiveren. (NRM)

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (naar aanleiding van art. 248c Sr)
Hier zien we ook weer verschillen, bijvoorbeeld in 240b gaat het om afbeeldingen van seksuele gedragingen, in 248c gaat het om afbeeldingen van ontuchtige handelingen. Daar zou je je van kunnen afvragen of dat niet gelijkgetrokken zou kunnen worden. Art. 248c heeft dan dus eigenlijk een hogere lat: een ontuchtige handeling is hoger dan een seksuele handeling. Ik zou dat gelijktrekken en de lagere lat, de seksuele gedraging, nemen, maar in ieder geval gelijktrekken. En datzelfde geldt eigenlijk voor de objectivering van de leeftijd, die is in 240b heel helder en in 248c weer niet. En ik weet niet wat daar de reden voor is. Ik zie daar geen goede reden voor. Ik begrijp wel dat dat moeilijk is. Want dit gaat dan over een seksshow, dat legt dan ook een hogere verantwoordelijkheid op degene die dit organiseert, dat die maar moet zorgen dat diegenen die daar zijn boven de achttien zijn.

Machielse (naar aanleiding van art. 248c Sr; document)[41]
'Overigens had het wel voor de hand gelegen, gelet op de verwantschap der bepalingen, meer aan te sluiten bij art. 240b Sr. Te denken is aan een formulering die strafbaar stelt het aanwezig zijn bij het vertonen van afbeeldingen van seksuele gedragingen, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken.

Aldus ondervangt men ook het bezwaar dat de reikwijdte van art. 248c Sr te beperkt is omdat de wetgever nu eenmaal heeft bedoeld deze strafbepaling te reserveren voor diegenen die bij het tonen van afbeeldingen van ontuchtige handelingen door een persoon jonger dan 18 jaar aan zichzelf verricht aanwezig zijn. Die door de wetgever beoogde beperking brengt met zich dat alleen de toeschouwer die aanwezig is bij het tonen van zo'n afbeelding strafbaar is en niet de toeschouwer die kijkt naar een film waarbij behalve de jeugdige ook nog anderen deelnemen aan de ontucht.'

#93 Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr in één bepaling onder te brengen met de artikelen 248c en 248d Sr. (R2) (zie #93H)

#94 Overwogen zou kunnen worden art. 248c Sr te schrappen. (R2) (zie #104 en #191)

#95 Overwogen zou kunnen worden een aantal delicten in de zedentitel alleen vervolgbaar op klacht te laten zijn. (R2) (zie #95H)

Rechter 2 (naar aanleiding van art. 248d Sr)
Ik vraag me wel af overigens of die 248c en d – 248b vind ik iets anders – apart bestaansrecht hebben. En of je dat niet onder een ander artikel zou kunnen brengen of het artikel zo redigeren dat het daaronder valt, als het daar al niet onder valt. Ik vind het een beetje overbodige wetgeving. Men zou moeten overwegen of deze bepalingen niet geschrapt zouden kunnen worden of bij andere bepalingen ondergebracht kunnen worden.

Rechter 2 (naar aanleiding van art. 240a Sr)
Ik zou dit niet als apart artikel willen hebben. Je zou het dan kunnen voegen bij die artikelen die ik al weg wilde hebben, dat is die 248c (jonger dan achttien met de seksshows) en 248d (getuige van seks). Dit is dan weer vertonen van schadelijke afbeeldingen, dat zou ik bij elkaar voegen. Waarbij ik wel opmerk, want dat vind ik een groot probleem, en het maakt niet zo veel uit of je de leeftijd op zestien of achttien zet, dat het niet strafbaar zou moeten zijn als bijvoorbeeld een jongen van zeventien en een meisje van zeventien geslachtsgemeenschap hebben, want dat is helemaal niet gek in Nederland. Het

41 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 5 bij art. 248c Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

kan niet zo zijn dat de ene ouder dan gaat zeggen 'ja jongen jij met mijn dochter…', terwijl die dochter dat prima vindt. Als een jongen van zeventien zelf actief op internet op zoek gaat naar vieze filmpjes, moet dan degene die filmpjes aanbiedt bestraft worden? Ik denk dat met name de strafbaarstelling zou moeten zitten in het boosaardige opzet van de derde, zo van 'ik zorg dat allerlei pornografische afbeeldingen terechtkomen bij mensen die eindexamen doen dit jaar'. Het kan niet allemaal strafbaar zijn en hoe je dat oplost weet ik niet, maar er zou ten aanzien van al die artikelen, ontucht of wat dan ook, enige bepaling over moeten komen. Misschien zou je ten aanzien van een aantal artikelen alleen op klacht moeten vervolgen. Je houdt je uitwas altijd natuurlijk van ouders die het er misschien niet mee eens zijn en de dochter onder dwang zetten om een klacht te doen.

3.2.6 Zestienminner getuige laten zijn van seksuele handelingen (art. 248d Sr)

> Artikel 248d Sr
> Hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, met ontuchtig oogmerk ertoe beweegt getuige te zijn van seksuele handelingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

#96 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd in art. 248d Sr te objectiveren. (O1; R3; RK)

- Het eisen van opzet of schuld ten aanzien van de leeftijd leidt tot bewijsproblemen. (R3)
- Objectiveren van de leeftijd is gerechtvaardigd in het kader van de bescherming van de jeugdige. (O1)

Officier 1
Art. 248d Sr is op zich een bepaling waar ook wel goed mee gewerkt kan worden. Alhoewel hier weer dezelfde opmerking gemaakt kan worden ten aanzien van het 'weet of redelijkerwijs moet vermoeden' van de leeftijd van zestien. Ik vind dat toch misschien enigszins in het voordeel van de verdachte uit te leggen of ten minste zo toe te passen. Maar ook hier kun je zeggen: als je de minderjarige gewoon wilt beschermen tegen invloeden die de seksuele ontwikkeling kunnen benadelen – als je het zo wil betitelen – dan vind ik het hier ook passender als de leeftijd een objectief criterium zou zijn.

Rechter 3
Ook hier weer het leeftijdsvereiste. Wat mij betreft zou dat geobjectiveerd mogen worden. Ook voor deze categorie slachtoffers weet je nooit hoe oud ze zijn en dan zou je daar dus de bewijsproblematiek van 'ja, had je het moeten weten' kunnen vermijden door het te objectiveren.

Renée Kool
Maar hier is ook weer die leeftijd niet geobjectiveerd: 'redelijkerwijs moet vermoeden dat'. Dus dan zou ik zeggen: misschien moet je dat ook allemaal objectiveren.

#97 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'met ontuchtig oogmerk' in art. 248d Sr te schrappen dan wel te vervangen door een gemakkelijker te bewijzen bestanddeel. (O2; R3)

- Het bestanddeel 'met ontuchtig oogmerk' valt lastig te bewijzen. (O2; R3)

- In de praktijk wordt wel eens teruggegrepen op het gemakkelijker te bewijzen algemene dwangartikel (art. 284 Sr). (O2)

Officier 2
De doelstelling van het artikel is begrijpelijk, maar het vereiste 'ontuchtig oogmerk' werpt een heel hoge drempel op. Wanneer verdachten verklaren 'ja, ik was bij mijn vriendje en toen gebeurde er ineens dit of dat' of 'nee, het was gewoon voor de lol' of 'we wilden elkaar alleen maar even dwarszitten', dan heb je erg weinig houvast. Dan wreekt zich ook de sfeer waarin de politie moet werken en getuigenverklaringen moet binnenhalen. In die gevallen hebben mensen helemaal geen zin om iets te vertellen aan de politie over wat er is gebeurd. Ook bij 'kelderbox-zaken' – waarin jongens andere jongens overhalen te blijven kijken naar seks met een meisje, bijvoorbeeld in een kelderbox – begin je dus met weinig houvast. Je hebt hoogstens informatie dat ze ter plaatse zijn geweest, dat de sfeer onaangenaam was en dat A, B en C toch wel wat dominant waren en het wel leuk vonden dat er veel publiek was voor de seksuele handelingen met een of ander vriendinnetje. Wanneer die dominante jongens eigenlijk de boel aan het regisseren waren, dan wil je daar strafrechtelijk misschien iets mee. Maar het echte verwijt, art. 248d, lukt dan niet of nauwelijks door het vereiste oogmerk. Kijk, soms biedt een zaak extra handvatten. Als de dominantie er dik bovenop ligt, dan kunnen wij bijvoorbeeld uitwijken naar het dwangartikel, art. 284. Dat is dan in zekere zin lichter. De jongens hebben de anderen gedwongen in de kelderbox te blijven en dan zeg je: die seksuele component maakt het extra verwijtbaar en daarom vraag ik een hogere straf. Dus als een artikel te ingewikkeld is, wijken we waar het kan uit naar een andere norm en halen de aansprakelijkheid dus op die manier alsnog binnen. En ik moet zeggen, daar zijn we soms redelijk effectief in, maar het is wel een kunstgreep.

Ondertussen is art. 248d nauwelijks bruikbaar voor de zaken waarvoor het is bedoeld. Het oogmerk is in de praktijk in de meeste gevallen onbewijsbaar. Als we hier als maatschappij werk van willen maken, dan is een lichtere opzetvorm het eerste wat je zou moeten overwegen. Alleen dan kan het in de praktijk goed functioneren en méér zijn dan een papieren tijger. Natuurlijk

moet de reikwijdte van het delict ook niet weer niet te ruim zijn; dat is dan weer de andere kant van de zaak. Dat oogmerk zal daar niet voor niks staan, maar ik constateer dus dat we er nu niet zo veel mee kunnen. Dan kijk ik gewoon naar de praktische toepasbaarheid: de handhaving wordt er niet effectiever van.

Rechter 3
Het ontuchtig oogmerk vind ik nog wel een lastige, want dat is natuurlijk opzet in de meest zware vorm, opzet als oogmerk. Als iemand zegt van: 'ja, maar dat heb ik helemaal niet gewild, dat was nooit mijn bedoeling'. Hoe bewijs je dan het oogmerk? De wetgever zou kunnen overwegen of een minder zware opzetvariant, zoals bijvoorbeeld voorwaardelijk opzet, ook tot de mogelijkheden behoort. Dit is wel een hele zware opzetvorm. Het is niet dat ik in de praktijk ervaren heb dat dat dan tot vrijspraak leidt, maar ik kan me wel de discussie voorstellen die dat oproept. En je hebt vaak natuurlijk niet meer daarvoor dan iemands eigen verklaring over wat hij nou van plan was. Of misschien een verklaring van het slachtoffer die zei: 'hij zei dat we dit of dat gingen doen, omdat zus of zo'. Maar vaak is het alleen maar wat iemand er zelf over zegt. Zo'n zware opzetvorm is dan heel lastig.

#98 Overwogen zou kunnen worden uitdrukkelijk te motiveren waarom het leeftijdsvereiste in bepalingen die in de zedentitel zijn opgenomen al dan niet is geobjectiveerd. (O3)

#99 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'ertoe beweegt' in art. 248d Sr te vervangen door een term die minder actieve betrokkenheid van de zijde van de dader vereist. (O3)

- Het bestanddeel 'ertoe beweegt' in art. 248d Sr wordt in de rechtspraak heel restrictief geïnterpreteerd.

Officier 3
De leeftijd staat hier ook weer genoemd. Hij moet weten of vermoeden dat de minderjarige geen zestien is; dat is hier niet geobjectiveerd. Ik vind het goed, maar het is een verschil. Ik zou echt voorstander zijn van een eenduidige taal in de hele titel en welke vorm je kiest ook te motiveren. Als het niet geobjectiveerd is, waarom dan niet? Dit is volgens mij ook een uit een verdrag. Ik weet ook niet welke ruimte die verdragen geven en ik vind het ook bijzonder dat er toen niet gekeken is naar de samenhang, of misschien wel, maar dat heb ik niet gelezen.

Wij gebruiken hem echt voor die mensen die nog wel in de speeltuin staan en ik denk zelf dat er echt een verschil is tussen als je schennis pleegt ten overstaan van minderjarigen – echt soms hele kleine kinderen – of dat je dat gewoon willekeurig achter een boom doet en toevallig komt er een klein kind langsfietsen. Dat zou volgens mij het onderscheid moeten zijn. Nu gaat het er heel erg om of iemand ook echt een actie heeft verricht; bijna een soort

actieve benadering heeft gedaan van zo'n kind. Dan denk ik: het is een speeltuin, dus moeten we dan ook nog gaan bewijzen dat jij actief ten opzichte van dat kind… Het zou moeten gaan om enige vorm van bewustzijn dat jij het ten overstaan van kinderen doet. Volgens mij is dat de bedoeling. Nu wordt het in de jurisprudentie veel beperkter gehouden. Zou je dat inderdaad de bedoeling willen laten zijn, dan zal je het dus anders moeten opschrijven want nu wordt het door rechters heel terughoudend gebruikt. De term 'ertoe bewegen' zou anders moeten worden omschreven. Dat wordt heel actief uitgelegd.

#100 Overwogen zou kunnen worden art. 248d Sr op een andere plek in de zedentitel te plaatsen. Het zou daarbij aanbeveling verdienen de bepaling meer aan het eind van de titel te plaatsen. (A3) (zie #133 en #188)

- Art. 248d Sr kan beter aan het eind van de zedentitel geplaatst worden, aangezien het een minder ernstige schending betreft. (A3)

Advocaat 3
Het enige wat ik hiervan kon bedenken, is dat het wel een beetje raar geplaatst is in de hele titel. Ik denk dat daar ook eens even over nagedacht moet worden. De ernst van de feiten, die volgorde. Natuurlijk, hier gaat het niet over daadwerkelijk misbruik, maar om bescherming van de tere kinderziel en dan moet je goed nadenken hoe je dat dan plaatst in de titel. Ik zou het dan wat meer naar achteren willen halen. Ik zou denken: je moet als kern nemen de meest ernstige beschuldigingen voorop.

#101 Overwogen zou kunnen worden de gedragingen die vallen onder art. 248d Sr onder art. 47 Sr te brengen. (RK) (zie #77)

- Art. 248d Sr is in wezen een *hands off* variant van het *hands on* delict van art. 47 Sr. (RK)

Renée Kool
Je kunt je afvragen of art. 248d, dat corrumperen, niet ergens bij 247 zou kunnen worden opgelost. Dat is nu 'met', 'plegen mét'. In feite is 248d de omissie van, die ligt besloten in dat 'met', de beperking daarvan. En dat is het dus met de hele systematiek: er zijn gaatjes en die worden gepleisterd met aparte delicten, terwijl de gedraging of het verwijt waar je het daar over hebt in feite van eenzelfde orde is en het bij elkaar geplaatst zou kunnen worden. Eigenlijk is dit een ontuchtige handeling, toch? Het is de definitie van het woord 'handeling' of 'handeling met'. Art. 247 is een *hands on* delict en 248d is in feite de *hands off* variant van een ontuchtige handeling bij wijze van spreken. Dus vandaar dat ik dat verband zie. Dan zou ik zeggen: maak van 247 ontuchtige handelingen *hands on* en *hands off*.

#102 Overwogen zou kunnen worden één artikel te creëren waaronder alle strafwaardige *hands off* gedragingen vallen. Daaronder zouden in elk geval de gedragingen die nu worden gebracht onder de artikelen 240a Sr, 248d Sr en 239 Sr kunnen worden gebracht. (O5) (zie #102H)

#103 Overwogen zou kunnen worden opnieuw te doordenken tegen welke beelden en tot welke leeftijd jongeren beschermd dienen te worden. (O5) (zie #103H)

Officier 5 (naar aanleiding van art. 240a Sr)
Ik denk dat dit losstaat van de gewone zedendelicten waar echt een kind lichamelijk misbruikt wordt. Er moet over nagedacht worden waar we wie nou tegen willen beschermen? Afbeeldingen? *Live* seks? Seksshows? Webcamdingen? Dingen op internet? Maak daar één artikel van. Ze hebben met dit artikel natuurlijk gedacht aan met name pornografische afbeeldingen. Daar kan je je tegenwoordig – met wat er allemaal op tv is – van afvragen wat er zo expliciet nog schadelijk is voor jeugdigen. Want volgens mij moet je dan de helft van de omroepen gaan aanpakken op grond hiervan. Als ik zie wat er na negen uur wordt uitgezonden. Internet is natuurlijk helemaal verschrikkelijk; dat is van niemand. Misschien moeten we ook eens nadenken wat wij dan schadelijk vinden. En zijn al die geweldsbeelden die ze over zich heen gestort krijgen niet eventjes wat erger dan de porno die ze in die videoclips zien? Je moet je afvragen welke mensen je wilt beschermen en tot welke leeftijd. Neem nu de gemiddelde veertien- of vijftienjarige die de hele dag op internet zit. Nou, die zitten echt porno op te zoeken met zijn allen. Ze zijn er heel erg actief op. Moet je daar nog een artikel voor in de lucht houden dat je ze voor algemene schadelijke beelden moet behoeden? Loop over het Damrak met je kind en kijk wat daar allemaal in de etalages van seksshops ligt. Ik weet niet of dat niet schokkender is dan dit soort dingen. Ik zeg niet dat het weg moet, want ik denk zeker wel dat er dingen zijn waar je kinderen bij weg moet houden, maar je moet wel even goed nadenken over hoe de wereld er nu uitziet. En dat kinderen heel veel beelden en dingen al meekrijgen zonder dat iemand daar bewust iets mee doet en daar voor aangepakt moet worden.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 239 Sr)
Schennis moet volgens mij samengevoegd worden met alles wat te maken heeft met het onverhoeds tonen van wat dan ook. Dus ook met die artikelen met *live* seks voor onder achttienjarigen, schadelijke afbeeldingen voor onder zestienjarigen, webcambeelden en *streaming* beelden. Alles op afstand, zal ik maar zeggen. Volgens mij moet dat gewoon zo'n *hands off* artikel worden. Ik vind gewoon dat al die *hands off* dingen als het gaat om het tonen van schadelijke dingen, schadelijke afbeeldingen, schadelijke situaties, dat moet gewoon allemaal bij elkaar. En pornografie valt daar eigenlijk ook onder. Het toezenden van porno is ook zo'n delict.

#93H Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr in één bepaling onder te brengen met de artikelen 248c en 248d Sr. (R2) (zie #93)

#95H Overwogen zou kunnen worden een aantal delicten in de zedentitel alleen vervolgbaar op klacht te laten zijn. (R2) (zie #95)

#104 Overwogen zou kunnen worden art. 248d Sr te schrappen. (R2) (zie #94 en #191)

Rechter 2 (naar aanleiding van art. 248d Sr)
Ik vraag me wel af overigens of die 248c en d – 248b vind ik iets anders – apart bestaansrecht hebben. En of je dat niet onder een ander artikel zou kunnen brengen of het artikel zo redigeren dat het daaronder valt, als het daar al niet onder valt. Ik vind het een beetje overbodige wetgeving. Men zou moeten overwegen of deze bepalingen niet geschrapt zouden kunnen worden of bij andere bepalingen ondergebracht kunnen worden.

Rechter 2 (naar aanleiding van art. 240a Sr)
Ik zou dit niet als apart artikel willen hebben. Je zou het dan kunnen voegen bij die artikelen die ik al weg wilde hebben, dat is die 248c (jonger dan achttien met de seksshows) en 248d (getuige van seks). Dit is dan weer vertonen van schadelijke afbeeldingen, dat zou ik bij elkaar voegen. Waarbij ik wel opmerk, want dat vind ik een groot probleem, en het maakt niet zo veel uit of je de leeftijd op zestien of achttien zet, dat het niet strafbaar zou moeten zijn als bijvoorbeeld een jongen van zeventien en een meisje van zeventien geslachtsgemeenschap hebben, want dat is helemaal niet gek in Nederland. Het kan niet zo zijn dat de ene ouder dan gaat zeggen 'ja jongen jij met mijn dochter…', terwijl die dochter dat prima vindt. Als een jongen van zeventien zelf actief op internet op zoek gaat naar vieze filmpjes, moet dan degene die filmpjes aanbiedt bestraft worden? Ik denk dat met name de strafbaarstelling zou moeten zitten in het boosaardige opzet van de derde, zo van 'ik zorg dat allerlei pornografische afbeeldingen terechtkomen bij mensen die eindexamen doen dit jaar'. Het kan niet allemaal strafbaar zijn en hoe je dat oplost weet ik niet, maar er zou ten aanzien van al die artikelen, ontucht of wat dan ook, enige bepaling over moeten komen. Misschien zou je ten aanzien van een aantal artikelen alleen op klacht moeten vervolgen. Je houdt je uitwas altijd natuurlijk van ouders die het er misschien niet mee eens zijn en de dochter onder dwang zetten om een klacht te doen.

3.2.7 Grooming (art. 248e Sr)

Artikel 248e Sr
Hij die door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, een ontmoeting voorstelt met het oogmerk ontuchtige handelingen met die persoon te plegen of een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij die persoon is betrokken, te vervaardigen wordt, indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

#105 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 248e Sr zo aan te passen dat daaronder alle seksueel getinte communicatie valt die gericht is op seksuele handelingen met en door minderjarigen. Dat brengt mee dat het gehele traject van oneerbare voorstellen, seksueel getinte chats, webcamactiviteiten en op seksuele handelingen gerichte afspraken tot ontmoetingen onder de strafbaarstelling vallen. Daaruit volgt tevens dat het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' dient komen te vervallen. (Notitie OM 2014; O1; O2; O3; O4; O5; R2; NRM; NRM-doc) (zie #105H, #118, #118H, #129 en #134)

- In veel gevallen waarbij aantoonbaar langdurige en seksueel getinte inmenging door een volwassene in de persoonlijke belevingswereld van een kind heeft plaatsgevonden, is onvoldoende bewijs voor art. 248e Sr voorhanden. (Notitie OM 2014; O3; O5)

- Dergelijke op dit moment niet-strafbare gedragingen komen op grote schaal voor. (Notitie OM 2014; O3; O5)

- In deze periode bestaan onvoldoende mogelijkheden opsporingsactiviteiten te ontplooien. (Notitie OM 2014; O2; O3; O5)

- Als de inmenging van de volwassene seksuele aspecten krijgt, dan is de drempel naar een ontmoeting en vaak feitelijke seks vaak al te laag om nog weerstand te kunnen bieden. (Notitie OM 2014)

- Het inkapselingsproces, dat een lange periode kan beslaan, levert op zichzelf al vaak schade op. (Notitie OM 2014; O5; R2; NRM; NRM-doc)

- Indien de strafbare gedraging in art. 248e Sr verder naar voren wordt gehaald, dan zullen mensen onwenselijk gedrag mogelijk eerder melden bij de politie. (O2)

#106 Indien het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' niet wordt verwijderd uit art. 248e Sr, dan zou overwogen kunnen worden het artikel te schrappen. (O4) (zie #106H)

#107 Overwogen zou kunnen worden een nieuw geformuleerd groomingsartikel (zie #105) te koppelen aan strafverzwaringsgronden, zoals de door de dader voorgestelde leeftijd, het maken van een afspraak of het doen bewegen tot seksuele handelingen voor de webcam. De maximumstraf bij het stapelen van strafverzwaringsgronden zou van vergelijkbaar niveau moeten zijn als het delict verkrachting. (O5) (zie #47, #56, #56H, #107H, #165 en #180)

#108 Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr te koppelen aan strafverzwaringsgronden, zoals het aan iemands zorg toevertrouwd zijn van de jeugdige of de omstandigheid dat iemand reeds eerder veroordeeld is wegens een zedendelict. (A2) (zie #69, #108H, #122, #125, #125H, #144, #144H en #151)

#109 Overwogen zou kunnen worden het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr te koppelen aan de voorstelling van de dader. (Notitie OM 2014; O1; O2; O5; A5; R1; R2; R4; NRM; RK) (zie #109H, #119 en #119H)

- Als een chat wordt gevoerd dan wel wordt overgenomen door een persoon die ouder is dan vijftien jaar, zoals een opsporingsambtenaar, journalist of een ouder familielid, dan is geen sprake van strafbaarheid wegens art. 248e Sr. (Notitie OM 2014; O1; O2; O5)

- Het huidige vereiste dat de persoon met wie de dader contact heeft daadwerkelijk jonger moet zijn dan zestien jaar beperkt de opsporingsmogelijkheden aanzienlijk. (Notitie OM 2014; O2; O5)

- De inzet van lokpubers kan een generaal preventief effect hebben. (NRM)

#110 Indien het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr wordt gekoppeld aan de voorstelling van de dader, dan zou overwogen kunnen worden de inzet van lokpubers voor te behouden aan officiële opsporingsinstanties. (NRM; NRM-doc) (zie #110H)

Notitie OM 2014 (document)
'Aan het daadwerkelijk hebben van seks met een minderjarige naar aanleiding van contacten gelegd op internet, gaat vaak een lang proces van inpalmen vooraf. Als dat inpalmen mede bestaat uit het uitwisselen van seksueel getinte filmpjes of foto's, dan levert dat strafbare feiten op. Bij een filmpje dat

een volwassene aan een minderjarige stuurt, levert dat overtreding van artikel 240a Sr op. Als een minderjarige een seksueel getint filmpje stuurt aan de volwassene, dan is die volwassene in het bezit van kinderporno en is er overtreding van artikel 240b. In die gevallen zijn er mogelijkheden om in te grijpen voor politie en OM.

Wanneer het slachtoffer onder dwang of beloftes van geld of goederen seksuele handelingen voor de webcam verricht (en die beelden worden niet opgeslagen, zodat geen sprake is van overtreding van art. 240b Sr), kan onder omstandigheden sprake zijn van overtreding van art. 248a Sr ("verleiding").

Als er daadwerkelijk via internet een ontmoeting wordt voorgesteld met het oogmerk ontuchtige handelingen met een zestienminner te plegen of het maken van kinderpornografische afbeeldingen van die zestienminner én er ook nog sprake is van handelingen die gericht zijn op het verwezenlijken van die ontmoeting, dan is er ook een strafbaar feit, namelijk 248e Sr ('grooming').

In veel gevallen is er geen sprake van zo'n concreet geduid voorstel tot ontmoeting, noch kan al meteen bewezen worden dat er filmpjes of foto's zijn uitgewisseld of dat men voor de webcam heeft gezeten. Wel is er dan veelal sprake van een – via chathistorie te bewijzen – vergaande en langdurige inmenging door een volwassene in de persoonlijke belevingswereld van een kind. Als deze inmenging seksuele aspecten krijgt, wat vaak stap voor stap gebeurt, dan is de drempel naar een ontmoeting en vaak feitelijke seks – ook als de minderjarige pas bij de ontmoeting zelf erachter komt dat degene waarmee gechat werd in feite veel ouder is dan hij zich voordeed – laag. Te laag vaak om nog weerstand te kunnen bieden. Hetzelfde geldt voor de drempel naar het plegen van seksuele handelingen voor de webcam of fotocamera door de minderjarige (artt. 240b en 248a Sr).

In een tijdlijn van contact tussen een verdachte en een minderjarig slachtoffer is er dus maar een heel kort en specifiek moment of periode waarin het seksueel getint chatten overgaat in het daadwerkelijk maken en nakomen van een afspraak elkaar te ontmoeten of het plaatsnemen achter de webcam. Daarmee is de periode waarbinnen door opsporingsdiensten kan worden ingegrepen ook zeer kort. Als er al voldoende bewijs is voor overtreding van de artikelen 240b, 248a en 248e Sr, dan bestaat dat bewijs vaak uit eveneens voldoende bewijs voor het ook daadwerkelijk hebben plaatsgevonden van die ontuchtige handelingen en is het kwaad al geschied.

De schade van het veelvuldige sekschatcontact tussen een volwassene en een minderjarige zit daarnaast niet alleen in de drempel tot lichamelijk of webcam-misbruik die erdoor verlaagd wordt. Het gedrag kan gezien worden als seksueel stalken of seksueel inkapselen van het kind. Dat hele inkapselingsproces (dat niet zelden vele maanden of zelfs jaren kan beslaan) levert op zichzelf al vaak blijvende schade op. De minderjarige wordt in een belevingswereld getrokken waar hij nog niet hoort, wordt "gedwongen" dit verborgen te houden, telkens online te komen, seksuele fantasieën te beschrijven/verzinnen, etc. Het is dat stalkingsaspect en het gevoel van de minderja-

rige om niet meer uit de situatie te kunnen komen, dat op zichzelf al grote psychische schade kan opleveren.

De praktijk kent talloze voorbeelden van dit soort chatgedrag. Zodra men zich op het internet voordoet als minderjarige, wordt men op sommige sites vrijwel meteen benaderd door mensen die willen chatten en die snel overgaan op seksuele chats. Er is een recent voorbeeld van een leraar die dagelijks met een van de leerlingen van zijn school seksueel getinte chats uitwisselde. Er zijn mannen die op die manier chatten met kinderen die opgenomen zijn in opvoedingsinstellingen. Het aantal voorbeelden is legio.

Veel op deze manier "groomende" verdachten richten zich tevens (of voornamelijk) op het dwingen of verleiden van de minderjarige tot het voor de webcam plegen van seksuele handelingen met zichzelf. Bij een substantieel deel van de zaken waarin grooming speelt, is het verkrijgen van webcambeelden het belangrijkste doel van de verdachte of richt hij zich zowel op het maken van afspraken met minderjarigen "in real life" als op het verzamelen van zoveel mogelijk webcambeelden. Zaken waarin de groomer zich uitsluitend richt op het maken van afspraakjes, komen weinig voor, terwijl in veel gevallen sprake is van tientallen tot honderden slachtoffers per zaak met wie in ieder geval seksueel getint gechat wordt, maar die ook meestal gebracht zijn tot het plegen van seksuele handelingen voor de camera.

Dit chatten op deze indringende en vaak vergaande seksuele en seksualiserende wijze, is niet strafbaar. Dit terwijl dus het risico op feitelijke seksuele handelingen erdoor aanzienlijk verhoogd wordt en het gedrag op zich schadelijk kan zijn voor minderjarigen. En terwijl er geen redelijk te honoreren ander doel is om met kinderen op deze wijze te chatten. Voor gevallen waarin kinderen – ook achteraf – hebben ingestemd met een chat als bedoeld, kan aangesloten worden bij dezelfde interpretatieruimte die de term "ontuchtige handeling" biedt in gevallen waarin een meisje van vijftien geheel vrijwillig en gewenst seks heeft met haar vriendje van net achttien.

Evenmin is strafbaar het maken van een dergelijke afspraak met een journalist of opsporingsambtenaar, ook niet als op geen enkele wijze aan het gesprek te merken is dat er in werkelijkheid geen sprake is van een minderjarige onder de 16. Dit beperkt de opsporingsmogelijkheden aanzienlijk. Weliswaar is via chatten door de politie snel te zien wie op het internet dergelijke onwenselijke initiatieven vertonen, maar hierop kan vervolgens niet gehandeld worden omdat het geen strafbaar feit oplevert.

Door recente jurisprudentie is uitgemaakt dat er in de gevallen van overtreding van de artikelen 248a en 248e Sr daadwerkelijk sprake moet zijn van een minderjarige van onder de 16. Er wordt aangehaakt bij de tekst "weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de persoon de leeftijd van 16 nog niet heeft bereikt". Hieronder valt dus niet degene die feitelijk ouder dan 16 is, ten aanzien van wie de verdachte ervan uitgaat dat deze jonger is.

Niet strafbaar is daarmee een situatie waarbij een chatgesprek van een dochter wordt overgenomen door een moeder, waarbij de verdachte hiervan niet op de hoogte is. Als hij dan toch een ontmoeting als bedoeld in artikel 248e Sr voorstelt, is dat niet strafbaar.

Deze beperking geldt ook in de gevallen waarin de groomingsactiviteiten van de verdachte zich richten op het dwingen of verleiden van de minderjarige tot het voor de webcam plegen van seksuele handelingen met zichzelf.

Daarnaast is noch uit de wet, noch uit de parlementaire geschiedenis op te maken of een strafbare poging tot grooming tot de mogelijkheden behoort, als de verdachte wel probeert te komen tot het maken van een afspraak, maar dit niet lukt omdat bijvoorbeeld het beoogde slachtoffer de chat afkapt of de afspraak om een andere reden niet concreet wordt. De rechtspraak is hierover verdeeld.

De mogelijkheid om groomingszaken te vervolgen via de band van artikel 248a Sr is beperkt, omdat dan sprake moet zijn geweest van het gebruik van de verdachte van giften, beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding. Veelal is daar geen sprake van, omdat de verdachten misbruik maken van de ook door de minderjarigen ervaren anonimiteit op het internet en de seksuele experimenteerdrift van de minderjarigen. Er is nauwelijks dwang, chantage of beloftes nodig om de minderjarige zo ver te krijgen seksuele handelingen voor de webcam te verrichten; slechts het creëren van een spannende en seksueel geladen sfeer is voldoende.

Concluderend: Veel gedragingen die in het maatschappelijk verkeer als grooming worden ervaren en waarvan verwacht wordt dat die ook worden opgespoord en vervolgd, zijn aldus noch in het groomingsartikel 248e Sr, noch in enig ander artikel strafbaar gesteld. Dit brengt met zich dat politie en justitie niet met opsporingsmiddelen tot identificatie van een verdachte kunnen komen of voortijdig kunnen ingrijpen, terwijl de duidelijke op seksuele contacten gerichte chatcontacten met minderjarigen dagelijks op internet gevonden worden.

<u>Voorstel</u>: maak in ieder geval het oogmerk van verdachte (ontuchtige handelingen plegen met een zestienminner) doorslaggevend in de artikelen 248e en 248a Sr en niet de objectieve leeftijd van de chatpartner. Als de verdachte dit oogmerk heeft en in verband daarmee een ontmoeting voorstelt (desnoods aan een lokpuber of aan een moeder die het chatgesprek heeft overgenomen) en vervolgens handelingen ter verwezenlijking van de ontmoeting onderneemt, dan is dat strafbaar. Vergelijk in dit verband het voorstel voor een gewijzigde redactie gedaan door G.C. Haverkate in *Strafblad* (2013-6, p. 484 (voorstel gedaan op persoonlijke titel)).

Stel voorts groomingsactiviteiten gericht op seksuele handelingen met en door minderjarigen in bredere zin strafbaar, zodat het gehele traject van oneerbare voorstellen, seksueel getinte chats, webcam-activiteiten en op seksuele handelingen gerichte afspraken tot ontmoetingen onder de strafbaarstelling vallen. Bepaal voorts of en in welke vorm een pogingsvariant van een dergelijk misdrijf strafbaar is.'

Officier 1

We zitten nu vaak heel erg te zoeken naar hoe we aan het begin van contact leggen – of überhaupt het seksueel getint chatten – paal en perk kunnen stel-

len. Een duidelijk voorbeeld is die chatrooms waar minderjarigen zich bevinden. Daar proberen vaak ook pedofielen in contact te komen en dat kan de start zijn tot uiteindelijk ook echt daadwerkelijk ontmoetingen en ontucht of misbruik. Eigenlijk zou je in die voorfase al meer moeten kunnen. Misschien wel via de voorbereidingshandelingen, maar goed die zijn in 46 weer beperkt voor een aantal delicten mogelijk. We hebben nu in de rechtspraak natuurlijk de uitspraak over grooming waar een volwassene zich voordoet als een minderjarige wat niet tot een veroordeling kan leiden. Dat is mede natuurlijk opgezet om uiteindelijk dit soort mensen tegen de lamp te laten lopen en ze uiteindelijk adequaat te behandelen en ook nieuwe slachtoffers te voorkomen. Daar zitten we nog wel redelijk met lege handen. Een lokpuber zou wel tot strafbaarheid moeten kunnen leiden.

De vrije toegankelijkheid voor eenieder en met name ook het makkelijk kunnen delen via internet, daar zit totaal geen controle op. Dus je moet de jeugdige zelf tot het besef proberen te laten komen dat er risico's aan vastzitten, maar één ding is zeker: daar staan jeugdigen in die leeftijd op dat moment echt niet voor open. Daar kunnen ze vandaag misschien wel aan denken en aan herinnerd worden, maar dat kan een week daarna in een andere situatie, in een andere context weer naar de vergetelheid zijn geraakt. Ik denk dat je daar ook wel als volwassene en als wetgever misschien zelfs wel een rol hebt. De wetgever zou strafbaarheid mogelijk kunnen maken van dat gedrag – dat contact zoeken en eigenlijk vooral met uiteindelijk de seksuele intentie. Dat is natuurlijk risicovol, want dan moet je in het hoofd van de verdachte kunnen kijken dan wel uitspraken ontlokken. Maar de wijze waarop het gebeurt maakt overduidelijk dat dat maar één bedoeling heeft en dat dat niet alleen maar fantaseren is. Al is het maar ten behoeve van de eigen zelfbevrediging. Het huidige artikel grooming biedt onvoldoende bescherming. Grooming gaat echt over die feitelijke ontmoeting, maar dit is nog veel meer die fase daarvoor. Er zijn veel meer zaken in het land geweest waar personen in webcamsessies op afstand ook gedwongen werden bepaalde handelingen te plegen bij zichzelf. Dat zijn situaties die denk ik de wetgever niet voor ogen heeft gehad. Dat dat überhaupt zou kunnen en dat dat ook op zo'n grote schaal gebeurt. En dat zegt iets over het brein van de minderjarige zelf. Dat de minderjarige, ondanks dat iemand niet lijfelijk aanwezig is, zich toch heel erg gedwongen kan voelen. Zodra het natuurlijk weer vastgelegd wordt, kan je met 240b uit de voeten, maar het is juist dat vluchtige. De verdachten zijn zelf ook geraffineerd. Die weten – sommige wel, sommige natuurlijk niet – ook heel goed wat ze wel en wat ze niet moeten doen. Als er een feitelijke ontmoeting ontstaat, kan je ze aanpakken en als het nog verder gaat, kan je ze ook wel aanpakken. Maar juist dat hele groomingsproces wat er aan vooraf gaat en dus met als resultaat dat die minderjarige vooral handelingen bij zichzelf doet, daar schieten we tekort.

Officier 2

Art. 248e is een artikel dat een prachtig doel had, maar volstrekt niet effectief functioneert. Dat ligt aan het onderdeel 'indien hij enige handeling onder-

neemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting'. Dat je voor strafbaarheid zo ver in de richting zit van de echte ontmoeting, dat maakt het in de praktijk gewoon heel lastig. Ik denk zelf dat het maken van de afspraak voldoende zou moeten zijn. Dan zouden we het gevaar ook veel makkelijker kunnen stoppen. De melding krijg je soms al eerder; er wordt dan gemeld dat een jeugdige oneerbare voorstellen krijgt. Gevoelsmatig is dat strafbaar, maar dit artikel laat het tegendeel zien. Er is volgens de delictsomschrijving veel meer nodig.

Je wilt natuurlijk niet dat zo'n jongere naar die afspraak gaat. Je wilt eerder kunnen ingrijpen, want anders krijg je wat sommige journalisten op eigen initiatief doen. Zij kunnen dat doen omdat zij niet de politie zijn. Maar het is onverantwoord jongeren daadwerkelijk aan dat gevaar bloot te stellen; stel dat iemand de auto wordt ingetrokken. Die risico's ga je niet aan. Dus je maakt het veiligheidshalve gewoon eerder stuk, met als gevolg dat je die mensen lastig kunt vervolgen. Ook op het moment dat ouders de politie vragen, kunnen wij het doorgaans niet aansturen, want dat is burgeropsporing en dat ligt ingewikkeld. Het resultaat is dus vaak dat geen strafbaar feit kan worden bewezen en dat de 'verdachte' niet kan worden gepakt. Dat is onbevredigend, omdat die mensen eigenlijk op tijd het gevaar hebben gemeld. Het kind geeft het op tijd aan en uiteindelijk heb je dus wel iemand rondlopen die actief kinderen aan het benaderen is, maar die wij gewoon strafrechtelijk niet kunnen aanpakken. Op dat moment geef je ook tegenover de politie een lastig signaal af: het is er weer één, maar we kunnen er niks mee.

Ik vind dat als die kinderen worden benaderd, je dus eigenlijk eerder effectief zou moeten kunnen ingrijpen. In dat soort zaken zie je ook dat kinderen veel te lang aan het indringende contact worden blootgesteld. Als je dan ook krachtiger naar buiten kunt brengen dat ook dat soort handelingen strafbaar is, dan krijgen we ook meer meldingen in een fase waarin we iets kunnen doen. Nu krijgen wij die meldingen vaak niet op tijd. Als mensen het nu op tijd melden en te horen krijgen 'we kunnen er niets mee', dan mogen we ons er niet over verbazen dat mensen het in de toekomst maar laten zitten. Dus dan denk ik: hier moeten we echt iets mee doen.

Dat art. 248e zo strikt is opgesteld dat de lokpubersituaties erbuiten vallen, is in mijn ogen ook niet wenselijk. Wij hebben een zaak gehad in *x* waar geen lokpuber was, maar waar wel de achttienjarige broer van de jongere achter de chat zat en het wachtwoord van zijn broertje even had gebruikt. De verdachte, een sportinstructeur, dacht dat hij echt een afspraak maakte met het jongere broertje, maar in werkelijkheid was het dus de oudere broer van achttien. Weg zaak: het was geen minderjarige, en dat was eigenlijk heel raar om mee te maken. Dan denk ik: strafrechtelijk zou het toch iets meer om het soort contact en om dat oogmerk moeten draaien.

Officier 3

Dit artikel is bijna onbewijsbaar. Het is zo'n kort moment in de tijd waar dit artikel over gaat dat óf het is gebeurd (de seks) en dan ben je dus te laat en dan gebruik je het niet, want dan gebruik je de seks in de tenlastelegging, óf

niet alle voorwaarden zijn vervuld. Want je moet bewijzen dat contact gelegd is met een geautomatiseerd werk, met iemand van wie je moet vermoeden dat hij geen zestien is, dan moet er een ontmoeting zijn voorgesteld, die moet ook nog zijn uitgevoerd deels, dus er moeten handelingen ondernomen zijn gericht op het verwezenlijken daarvan, en dan moet je ook nog bewijzen dat bij die ontmoeting het de bedoeling was om enz. Nou, daar kom je niet. We zeggen altijd: als hij het treinkaartje nog niet gekocht heeft, dan is het niet bewijsbaar. En dat terwijl je echt heel veel ziet dat ze die kinderen proberen te bewegen tot ontmoetingen en ook echt heel concreet. Maar dan heeft hij nog geen kaartje gekocht of hij is nog niet op de fiets gestapt. Dan is hij nog steeds niet strafbaar. Als we het kunnen bewijzen, is het ook al gebeurd. Als hij het treinkaartje al gekocht heeft, zit hij ook al in de trein. Het is echt niet zo dat wij in dat halfuur in één keer die vent te pakken krijgen; dat is allemaal achteraf.

Je zou er daarom voor kunnen kiezen om het überhaupt voorstellen van een ontmoeting aan een minderjarige met het oogmerk om seks te hebben strafbaar te stellen. Die handeling die erbij moet, is de hoogste drempel; die ontmoeting geeft al heel veel ruimte. De absolute supervergaande manier van het seksueel inpalmen via chatverkeer van kinderen – dat noemen wij in het spraakgebruik al grooming – is echt veel ruimer dan dat het artikel strafbaar stelt. De werkelijkheid is dat er ongelofelijk veel kinderen benaderd worden door volwassen mannen die proberen ze uit de kleren te krijgen en niet vaak zonder bijbedoeling in de zin dat ze ook echt afspraken willen maken met die kinderen. Ze gebruiken afbeeldingen die ze met de webcam gemaakt hebben om kinderen te chanteren om daadwerkelijk andere dingen te doen. De wet vraagt om ontzettend veel gepuzzel. Wat we niet kunnen vervolgen en waar we niet op kunnen acteren is bijvoorbeeld een leraar die een jaar lang met een van zijn leerlingen de meest ranzige seksuele chats heeft (dus zonder foto's van zichzelf te sturen of beelden van haar te maken). Puur en alleen op seksuele wijze met elkaar chatten is niet strafbaar, terwijl dat ongelofelijk ver gaat. Er moet een enorme voorbereiding zijn om te spreken van seksueel misbruik, dat zie je ook heel vaak. Hij gebruikt het om kinderen mee te chanteren. Dat is allemaal niet strafbaar, terwijl dit grooming genoemd wordt. Dat is wat wij grooming noemen. We missen dus een heel stuk van wat grooming is in deze tekst. Je zou daar ook andere dingen in kunnen verwerken, zoals ik net noemde. Zoals het seksueel inkapselen van kinderen; het seksueel stalken van kinderen. Wat er onder moet vallen is heel veel contact zoeken met kinderen. Via het internet vragen hun kleren uit te trekken en dat vastleggen. Elke avond vier keer op de chat komen. Als je die chats zou kennen: ze moeten steeds vertellen wat ze gedaan hebben op een dag, langzamerhand wordt het steeds explicieter, vragen wat ze gedroomd hebben, dan wordt het weer wat seksueler. Het bouwt heel erg op. Je ziet dat soms een jaar lang, dat ze elke dag meerdere keren… Die kinderen leven alleen nog maar in zo'n scene met zo iemand. En zo worden die kinderen voorbereid op echt ongelofelijk vergaande seksuele handelingen die ook daadwerkelijk worden uitgevoerd.

Wij kijken ernaar – ook op het internet en in chatboxen enz. – en kunnen niks doen, want het is niet strafbaar.

Officier 4
Dit artikel is natuurlijk veel besproken. Ik heb begrepen dat het oorspronkelijke wetsvoorstel dat laatste stukje had weggelaten. Toen was er vrees in de Kamer dat er te veel onder zou vallen. Dus moesten de extra eisen van het verwezenlijken van de ontmoeting erbij. Daar ligt het knelpunt. Daardoor wordt de drempel wel weer hoog. De vraag is dus wat de werkelijke meerwaarde is als je dat kopen van een treinkaartje of oppompen van fietsbanden nog moet gaan bewijzen. Dat lukt vaak niet. Je hebt dan al een poging of een voltooid feit. Dan is de meerwaarde van art. 248e Sr toch beperkt. De vraag is: wat is de werkelijke toegevoegde waarde van het artikel? Als je niet wil dat de laatste zin eruit gaat, ben je dan echt beter af dan toen het artikel niet bestond? Je moet je afvragen of het artikel ruimer moet worden of dat je hem eruit moet gooien. Het punt is dat ik er moeite mee heb dat je 248e alleen haalt bij een bekennende verdachte. Dat heeft geen meerwaarde denk ik.

Officier 5
Ik zou zeggen: schrappen dat hele artikel. Helemaal herschrijven. Er zitten zo veel problemen aan. Het stelt van alles strafbaar, behalve wat wij met zijn allen grooming vinden. Het stelt alleen maar dat ene momentje strafbaar dat er concreet een afspraak gemaakt wordt. Die afspraak moet het oogmerk – niet de minste opzetvorm – hebben. Dan moeten we ook nog een keer bewijzen wat in iemands hoofd omging. Dat hij *hands on* seks gaat hebben met dat kind of dat hij er kinderporno van gaat maken. Allerlei andere dingetjes vallen er niet onder. En het moet oogmerk zijn. Over het algemeen willen ze niet bekennen en uit die chats haal je dat natuurlijk ook niet. Een hele zware eis. Het hele voortraject, het echte schadelijke groomen, zit er helemaal niet in. Het gaat alleen maar om die afspraak. Dan moet hij ook nog eens een soort uitvoeringshandeling plegen. Dus hij moet met een pak condooms op zak richting de stationsrestauratie waar ze hebben afgesproken. Dan moeten we ingrijpen. Nou, hier wordt nooit aangifte van gedaan. Kinderen praten er niet over met hun ouders. Gaan uit schaamte ook echt niet zeggen: 'goh, nou ben ik maandenlang bezig met een hele spannende figuur op internet en nou maakt hij een afspraakje en nu ga ik naar de politie stappen'. Gebeurt nooit. Als we een aangifte krijgen, dan is het omdat het kind misbruikt is en vaak al meerdere keren. Zo zijn eigenlijk alle groomingszaken aan het rollen gekomen. Dus dit stelt maar zo weinig strafbaar dat ik het niet echt een heel fijn artikel vind.

Het werkt alleen bij de hele specifieke situaties waarin er bewijs is dat er gegroomd is met een bepaald doel en dat iemand ingegrepen heeft op het moment tussen het maken van het afspraakje en de echte seks. Nou, die gevallen zijn er soms wel, dat ouders een chat onderscheppen. Maar wat heb je dan? Dan heb je dus weer het lokpuberprobleem. Omdat hier staat dat het niet iemand moet zijn die zich uitgeeft als iemand van onder de zestien of

waarvan wij met zijn allen denken dat hij onder de zestien is, maar iemand die daadwerkelijk onder de zestien is. In de situaties waarin wordt ingegrepen is het ofwel een van onze agenten die lokpuber zit te spelen – die dus niet onder de zestien is zodat het geen strafbaar feit is – of het is een oudere broer of zus of ouder die ingrijpt en die die chat overneemt, een afspraakje maakt en naar de politie stapt: 'vanmiddag komt hij daar en daar'. Maar dan heeft hij het afspraakje gemaakt met een boven zestienjarige en is het dus geen strafbaar feit. Daar zijn we dus al zaken op kwijtgeraakt. Dit soort gevallen zouden ook onder het artikel moeten vallen. Wat je strafbaar wilt stellen aan grooming is iemand die er – even op zijn Hollands gezegd – heel veel werk van maakt om een kind in te pakken om daar op de een of andere manier seksuele handelingen mee te gaan plegen. En dat kan *hands on* zijn na een ontmoeting, maar dat kan ook het kind voor de webcam babbelen zijn. Het kan zelfs – als je heel ver wil gaan, maar goed dat is nog een beetje een discussiepunt – gaan over het seksueel chatten waarmee je een kind ook best veel schade berokkent. We zien dat ze bijvoorbeeld kinderen meetrekken in seksuele fantasieën. Dat ze ook van die kinderen vragen om allemaal opwekkende verhaaltjes te gaan maken. En dan zit zo'n kind van twaalf, wat echt niet weet waar hij over praat, uit angst maar mee te praten, maar dat is hartstikke schadelijk voor dat kind. Wij zouden eigenlijk aan dat hele seksueel chatten ook wel iets willen doen in de groomingscontext. Dus stel gewoon het seksueel inpakken van een kind strafbaar. En stel dus ook strafbaar dat iemand die dus – maak er een pogingsvariant van of zo – met die intenties bezig is tegenover een persoon – en pik dan maar iets uit het kinderpornoartikel – die kennelijk de leeftijd heeft van onder de zestien. Zodat op het moment dat een volwassene ingrijpt, maar diegene al wel maanden bezig is geweest en een afspraakje maakt met iemand waarvan hij echt heel erg zeker dacht te weten dat hij een minderjarige aan de lijn had, dat dat strafbaar is gesteld. Je kan het aan de samenleving niet uitleggen dat je maandenlang een kind kan gaan zitten groomen en beschadigen, maar dat die man niet gestraft kan worden omdat papa de chat overneemt.

Wij zitten bijvoorbeeld gewoon op het internet, je ziet die chats gewoon langskomen, we hebben echt in twee minuten ik weet niet hoe veel oneerbare voorstellen aan onze broek hangen. Je gaat gewoon op zo'n chatomgeving en je maakt een *nickname* aan. Dus je noemt jezelf 'Pietjetwaalf'. Nou, dan ga je wachten en binnen een minuut heb je vijfentwintig groomers aan de lijn hangen. 'Hé, hallo hoe heet jij? Ben je twaalf? Heb je een webcam? Wil je ervoor gaan zitten?' Dat gaat zo hard dat we gewoon echt chats weg moeten klikken. Die verbalisanten die het doen kunnen soms acht tegelijk aan, maar daarna ben je de weg kwijt. En je wordt gewoon besprongen. Dat laten we ook aan iedereen zien. Aan Kamerleden en ik heb het twee maanden geleden aan de minister laten zien en die schrok zich ook verloren. Dus dat zie je echt op internet gewoon gebeuren. Dat gaat echt heel snel. Dus wij zien daar mensen die denken dat wij een kind zijn, die dat aannemen naar aanleiding van onze *nickname* en gelijk voorstellen doen. Webcamseks. Waar ik heel erg moet puzzelen om daar überhaupt een strafbaar feit van te maken. Maar omdat het

geen strafbaar feit is, omdat wij namelijk boven de zestien zijn, kan ik ook niet zeggen: deze meneer is een poging aan het doen, ik ga zijn gegevens vorderen om te kijken wie achter dat IP-adres zit. Ik mag namelijk geen opsporingsmethoden inzetten, want ik heb namelijk een vermoeden van iets wat niet strafbaar is. Alleen maar omdat achter deze kant van de webcam een verbalisant zit van veertig. Als ik daar zijn neefje naast zet van vijftien en die gaat achter het toetsenbord zitten, dan is het ineens wel een strafbaar feit.

Maar dat kan je dus ondervangen door die absolute leeftijd er uit te halen. Ik vind het dus ook inconsequent. Waarom zeg je bij kinderporno: het is internet, het is een afbeelding, je kent het kind niet, dus het is voldoende dat het kennelijk een achttienminner is. Want dat vinden we met zijn allen strafbaar genoeg, ook al is het misschien niet een achttienminner of lijkt hij volwassener dan hij is. Want kinderen moeten beschermd worden. Bij grooming weet je ook nooit wie je tegenover je hebt, maar we stellen wel die absolute eis dat iemand onder de zestien is en dat moet je ook nog eens een keer redelijkerwijs vermoeden of zelfs weten. Maar hoe weet je dat? Het eisen van opzet of schuld heeft weer te maken met het internet *proof* of digitaal *proof* maken. We gaan een wereld in, of daar zitten we nu al in, waar je niet meer aan mensen kan zien wie ze zijn. Je hebt namelijk alleen een *nickname*. Of je hebt alleen die gegevens die iemand voorstelt op internet. Je hebt er geen foto bij of niks waarmee je iets kan schatten. Daar moet je wel iets mee doen. Je kan niet meer de eis stellen dat mensen die chatten met iemand gaan vragen: 'wil je eerst even een kopie van je paspoort sturen? Want ik wil niet met onder de zestienjarigen een afspraak maken.' Dat is heel erg 1880. Je zou dus wat mij betreft zoiets moeten doen als in het kinderpornoartikel. Dus iemand die kennelijk de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt. En het groomingsartikel moet echt grooming worden en niet alleen maar het afspraakje maken. Ik vind het echt een prutartikel. Het hele artikel voldoet gewoon niet. Ja, voor een heel klein aantal gevallen. Dus voor die acht gevallen is het een prima artikel, maar niet voor wat wij met zijn allen vinden van grooming.

Er staat vrij weinig straf op het artikel, maar meestal is het in combinatie met allerlei andere artikelen, dus dan kom je toch nog wel een heel eind. Ik vind twee jaar voor wat onder grooming valt vrij weinig. Maar goed, dit slaat alleen maar op het afspraakje maken en niet op het hele traject ervoor. Dus ik zou zeggen dat er best wel iets bij mag als je het hele traject in aanmerking neemt. Maar daar kan je bijvoorbeeld ook weer werken met strafverzwaringen. Een beetje afhankelijk van wat jij zo'n kind laat doen. Alleen chatten met zo'n kind – als we met z'n allen vinden dat we dat ook strafbaar moeten stellen – is natuurlijk heel iets anders dan zo'n kind maandenlang voor zo'n webcam zetten en allemaal gruwelijke dingen laten doen. Dus daar kan je ook best in differentiëren. Het lichtste zou dan zijn gewoon het inkapselen van het kind in woorden. Je kan strafverzwarend werken met de leeftijden, de kennelijke leeftijd. Ik bedoel als jij de indruk hebt dat je met een achtjarige te maken hebt is dat toch iets anders dan als je denkt dat je met een vijftienjarige te maken hebt. Of dat je daadwerkelijk tot afspraken komt. Of dat je iemand

voor de webcam zet. Dan kan je nog differentiëren in wat er voor die webcam gebeurt. Is dat alleen dat het kind naakt gaat zitten of laat je het kind maandenlang, wat we ook zien, met voorwerpen en met het kleine broertje en weet ik veel wat allemaal erbij ook allemaal ontuchtige handelingen plegen? Dus in die zin zou je het kunnen opplussen. En dan kom je dus met de echte grote groomers, dan heb je die Frank R., als je dat allemaal bij elkaar plust, dan zit je aan iets wat – wat mij betreft – bijna gelijk is aan verkrachting en dan denk ik dat je in de sfeer van acht of twaalf jaar maximum gaat komen. Terwijl de mensen die alleen chatten en gewoon eens aan het proberen zijn van 'hoe snel kan ik een kind zo ver krijgen' houd die dan op twee jaar. Ik vind eigenlijk dat zo iemand als die Frank R., die dus ook echt heel bewust die meiden tot van alles brengt en ze allemaal vreselijke dingen voor de webcam laat doen en zelfs nog afspraakjes maakt, toch gewoon op het niveau van een verkrachting zit. Alle soorten van dwang – misbruik, chantage, geweld – zitten er eigenlijk allemaal in. Dus vind ik dat je op dat niveau als straf moet komen. Nou zaten er bij hem op de tenlasteleggingen ook verkrachtingen bij. Ze hebben gewoon die misbruiksituaties als verkrachting ten laste gelegd. Maar ik denk dat iedereen dat ook zo ervaart. Dus weg ermee! Ombouwen, helemaal anders.

Advocaat 2
En ook hier kun je nog weer je afvragen: moet daar niet ook een onderscheid in leeftijd worden gemaakt? Het is nu alles beneden de zestien. Ik zou zeggen: beneden de twaalf lijkt het me toch een graadje erger. Ook hier zou ik vinden dat het strafverzwarend zou moeten zijn als het kind aan hun zorg is toevertrouwd. En dat kan ook online; er zijn zat zaken waar een vader met zijn dochter allerlei seksueel getinte apps uitwisselt, terwijl moeder aan het breien is en vader en dochter aan het appen zijn met elkaar. En ik vind ook – maar dat is misschien helemaal buiten de orde – dat als iemand al een veroordeling heeft voor een zedendelict met een minderjarige en als hij dan daarna gaat groomen, dat hij veel harder moet worden aangepakt. En daar kun je denken van 'dat doe je in de sfeer van bijvoorbeeld een voorwaardelijk strafdeel', maar ik kan me toch ook voorstellen dat je als wetgever gewoon zegt van: 'als je al een keer gepakt bent en je gaat dan groomen, dan verdubbelt de straf'.

Advocaat 5
Ik begrijp dat in 248e de leeftijd niet geobjectiveerd is, omdat dat niet zou passen in de systematiek van de wet. Uit de jurisprudentie lijkt te volgen dat niet duidelijk is wat rechtens is als iemand denkt met een zestienminner te maken te hebben, terwijl het een zestienplusser is. En dat ziet dan op het objectiveren of niet-objectiveren van de leeftijd. Als je strafbaar wil stellen dat iemand die interesse heeft in een zestienminner en alle moeite doet om met een zestienminner af te spreken, maar het blijkt een zestienplusser te zijn, bijvoorbeeld in het geval van een lokpuber, loopt het dan spaak op het feit dat het geen zestienminner was? Is het een beschermingsbepaling of moet je zeggen dat de wetgever veel meer het gedrag beoogt aan te pakken.

Want in dat geval hoort het niet te stranden op een geobjectiveerd gegeven als iemand het zo fanatiek geprobeerd heeft. Als je deze neigingen wilt aanpakken, dan zou je misschien moeten overwegen aan te sluiten bij de intentie en de bepaling zo te herformuleren dat in ieder geval die leeftijd op zich geen vereiste meer is.

Rechter 1
Ik heb geen moeite met de lokpuber. Dat is net als het oude dametje, wat blijkt een 35-jarige, eerste Dan karate te zijn. Ja, pech gehad voor jou, je moet van oude dametjes afblijven. Je zou kunnen overwegen 'waarvan hij vermoedt' in de wet op te nemen. Dat je wetgevingstechnisch zegt 'met een persoon van wie hij vermoedt of waarbij hij erop gericht is om contact te leggen met iemand onder de zestien, met de bedoeling om met die persoon seksuele gedragingen te verrichten' of zoiets. Je mag het zeker iets subjectiever maken. Dan doe je de *lex certa* geen geweld aan, want je bestraft in zekere zin de *animus,* maar dat mag in het strafrecht. Iemand denkt dat hij met een 14-jarige gaat afspreken en het blijkt toch een 44-jarige brigadier van de politie te zijn, Harrie geheten. Dat de ene Harrie de andere Harrie ontmoet. Je zou dan in de wet kunnen opnemen iets in de trant van 'waarvan hij denkt of verwacht' of 'redelijkerwijs verwacht' of 'weet of redelijkerwijs verwacht'.

Rechter 2
Bij die uitlokking, dan moet er al wat gebeurd zijn. In het geval wat ik net beschreef is er niets gebeurd, maar de inbreuk op de integriteit van zo'n jong kind vindt al wel plaats in die zin dat de onschuld al weg is als zo'n meestal toch wel oudere man allerlei rare voorstellen gaat doen en vieze praatjes verkoopt en vraagt hoe de stand van zaken met haar is op seksueel gebied en vertelt dat het helemaal niet erg is om ontmaagd te worden. Dan ben je in mijn ogen al hartstikke fout bezig en het zou strafbaar moeten zijn. Je zou hier ook die digitale kwesties bij kunnen opnemen, want het is natuurlijk ook zo dat je meisjes verleidt om zich uit te kleden voor de webcam en gewoon in chatrooms vieze praatjes met meisjes te houden en dat soort zaken. Dat zou je bij elkaar kunnen bundelen in een apart artikel, want je zou dat natuurlijk op dusdanige wijze moeten doen dat ook toekomstige digitale ontwikkelingen daaronder zouden moeten vallen. Het gaat natuurlijk sneller dan de wet geschreven kan worden, dus moet je het heel algemeen maken.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Als knelpunt ervaar ik dat dit een zaak is waar de lokpuber ingezet zou moeten kunnen worden. Waarschijnlijk gebeurt dat ook al, in het wetsvoorstel computercriminaliteit, maar ik ben daar een voorstander van. Want ik denk dat dat ook afschrikwekkend kan werken. Tegelijkertijd denk ik dat het wel voorbehouden moet zijn aan de politie om dat te doen. En niet dat iedereen zich zo op het internet kan bewegen.

Het gekke is eigenlijk, dit is online grooming op het moment dat die afspraak er is; op het moment dat daar online nog allerlei chats zijn zonder dat

die afspraak al duidelijk is, is het nog niet strafbaar. Ik vind dat dat ook strafbaar moet zijn. Maar dan komt er die afspraak en als er dan seksueel geweld plaatsvindt, dan zit je alweer in een ander strafbaar feit. Het gaat hier om die chats die dus niet richting die afspraak gaan, misschien uiteindelijk wel. Ik vind dat op zich seksueel getinte chats met minderjarigen ook al strafbaar zouden moeten zijn. En dat kan vrij veel impact hebben; dat kan heel dichtbij komen. Je kan op je smartphone continu van dit soort berichtjes krijgen en daarmee worden ook iedere keer je grenzen een stukje opgeschoven. Je voelt je wat anoniemer als dader in zo'n geval. Je zal niet in de huiskamer waar de ouders erbij zijn allerlei dit soort dingen zeggen, maar online doe je dat wel. En met uiteindelijk hetzelfde effect. En dat heeft ook effect op kinderen. Je kan je afvragen in hoeverre dit uiteindelijk tot veel vervolgingen zal leiden. Maar wat het wel aangeeft, is dat je niet anoniem bent op internet. Je kan niet alles maar op internet. Nogmaals, voor kinderen is online en offline één wereld, dus die bescherming moet online in zoverre steviger zijn, want offline zijn die ouders wel vaker in de buurt. Dan valt het meer op en er zijn meer signalen van 'hé, die man vertoont gek gedrag'. Maar wat hij allemaal sms't en zo, dat is allemaal niet te zien.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (document)[42]
'Seksueel contact tussen een volwassene en een kind ontstaat vaak niet van het ene op het andere moment. Vaak gaat er een lang proces aan vooraf, waarin de volwassene het kind klaarstoomt voor de uiteindelijke seksuele handelingen. Een medium dat hiervoor steeds vaker wordt gebruikt is internet. Omdat een volwassene zich online eenvoudig kan voordoen als een minderjarige leeftijdsgenoot van het slachtoffer, is het in veel gevallen makkelijker om het kind online te bewerken dan offline. Wanneer de volwassene tijdens dit proces pornografische afbeeldingen naar het kind stuurt, zichzelf naakt laat zien via de webcam, of het kind beweegt om seksuele handelingen met zichzelf te verrichten voor de webcam, is hij strafbaar. Hetzelfde geldt wanneer de volwassene een ontmoeting voorstelt met het doel om seks te hebben met de minderjarige of om pornografische afbeeldingen te maken van de minderjarige (grooming). Voor die strafbaarheid is wel vereist dat de volwassene concrete handelingen verricht tot het verwezenlijken van die ontmoeting, bijvoorbeeld door een treinkaartje voor het kind te kopen.

Niet in alle gevallen komt het echter tot bovenstaande vervolgstappen. Soms zijn ouders of de politie er op tijd bij, en blijft het bij seksueel getinte chatgesprekken. Op dat moment kan echter al sprake zijn van vergaande inmenging in de persoonlijke wereld van het kind. Het kind wordt betrokken in een belevingswereld waar het nog niet rijp voor is. Het veelvuldig en op indringende wijze seksueel chatten en online worden benaderd kan schade opleveren bij het kind. Het is echter niet strafbaar. Hier kan dus sprake zijn van een discrepantie tussen sociaal en juridisch slachtofferschap; het kind voelt zich slachtoffer van seksueel geweld, en ook een groot deel van de

42 NRM 2014, p. 28-29 (voetnoten weggelaten).

maatschappij vat dit op als misbruik. Juridisch gezien is echter geen sprake van een strafbaar feit. Een wetswijziging die deze lacune dicht, door seksueel chatten met een minderjarige strafbaar te stellen, lijkt dan ook op zijn plaats.

(…) Grooming is alleen strafbaar ten aanzien van kinderen onder de zestien jaar. Het is lastig dit delict tijdens de groomingfase te bewijzen, nu het meestal pas aan het licht komt wanneer de door de verdachte voorgestelde ontmoeting al heeft geleid tot seksueel contact met het kind. De grooming is dan al geëscaleerd tot hands-on misbruik. Om het seksueel benaderen van kinderen via internet te voorkomen werd tot medio 2013 door de politie geëxperimenteerd met de zogenoemde 'lokpuber'. (…) Het hof Den Haag haalde op 25 juni 2013 echter een streep door deze opsporingsmethode. Sinds het arrest van het hof Den Haag is het dus niet meer mogelijk om de lokpuber als opsporingsmiddel in te zetten nu bij grooming sprake moet zijn van een slachtoffer dat daadwerkelijk jonger is dan zestien jaar. Omdat deze situatie door de minister van Veiligheid en Justitie onwenselijk wordt geacht heeft hij een wetswijziging voorgesteld. In het concept wetsvoorstel Computercriminaliteit III zijn de artikelen terzake grooming (art. 248e Sr) en corrumpering uitgebreid. Indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen wordt ook degene strafbaar die ten onrechte aanneemt dat hij te maken heeft met een kind onder de zestien. Hoewel een dergelijke uitbreiding vanuit opsporingsoogpunt wenselijk is, is het wel van belang dat in de toelichting bij de wet expliciet afstand wordt gedaan van de inzet van deze opsporingsmethode door burgers. Te denken valt aan de zelfbenoemde 'pedojagers' die chatrooms afstruinen en zich daar als minderjarige voordoen om zo pedoseksuelen te ontmaskeren. Het is een gevaarlijke ontwikkeling wanneer zij vrij spel krijgen. Immers, het opsporingsmonopolie ligt bij de politie en dient daar te blijven.'

Renée Kool
Het bezwaar van dit artikel is dat de wetgever nog geen duidelijkheid heeft verstrekt over de inzet van lokpubers. Weliswaar is met de uitspraak van de Hoge Raad van 11 november 2012, ECLI:HR:2014:1233 duidelijk dat preventief optreden via de route van de voorbereidingshandelingen soms mogelijk is, maar het zou wenselijk zijn wanneer de wetgever een bestanddeel invoegt als vermeld in art. 240b Sr, waaruit duidelijk wordt dat ook in geval van een schijnbaar betrokken minderjarige sprake kan zijn van grooming. En nu is het altijd achteraf. De zaken die je ziet zijn zaken van fysiek misbruik, waarbij dit als kop erbovenop komt. En op zichzelf begrijp ik nog wel dat je de digitale verleiding strafbaar stelt. Dat is inherent aan de omgeving waarin we op dit moment leven denk ik. Dus dat maakt wel *sense*.

#111 Overwogen zou kunnen worden chats tussen ouderen die gericht zijn op het plegen van ernstige zedendelicten met kinderen strafbaar te stellen. (O2) (zie #111H)

Officier 2
Als je kijkt naar die chats die Robert M. met zijn vrienden had over hoe ze kinderen moesten misbruiken, dan kan ik me voorstellen dat iemand denkt: ‘dat moet toch ook strafbaar zijn?’ Ik realiseer me tegelijkertijd dat we niet zomaar alles op dit terrein strafbaar willen hebben, omdat je dan gewoon in een *mer à boire* terechtkomt waarin het overzicht zoek is. Bovendien is in dat geval de kans heel groot dat uit de maatschappij geregeld de kritiek komt: ‘hé, het is strafbaar gesteld, waarom doet u er niks aan?’ Die discussie kost veel energie, ook al zijn de beslissingen goed uit te leggen. Dus eigenlijk moeten de onderscheidingen en de normstellingen al in de wetgeving duidelijk naar voren komen, iets wat nu nog te veel mist. Dan draait het om de vraag wat verwerpelijk genoeg is om strafbaar te zijn en ook in de praktijk goed kan worden gehandhaafd. De wetgever zou er dus bijvoorbeeld over na moeten denken in hoeverre het strafbaar zou moeten zijn dat volwassenen onderling chatten over ernstige zedendelicten. Daarbij moet ook oog zijn voor flexibiliteit; als iemand een beetje heen en weer aan het praten is over seks met een vijftienjarige, dan is vervolging niet altijd aangewezen en wil je de vrijheid hebben om op goede gronden niet te vervolgen. Dat moet ook wel, want hoe moet je anders omgaan met al die jongeren die met elkaar praten over seks? Moeten we die dan ook gaan vervolgen? De beleidsaspecten zijn dus ook erg belangrijk. In ieder geval zijn er dus maatschappelijke ontwikkelingen waar ook wij last van hebben; het gaat dan om gedragingen die nu niet strafbaar zijn en waar de maatschappij heftig op reageert. De strafrechtelijke normstellingen daarover zijn nu niet altijd goed uit te leggen.

#112 Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr ook betrekking te laten hebben op het voorstellen van een *digitale* ontmoeting met een ontuchtig karakter. (A2) (zie #112H)

#113 Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr ook betrekking te laten hebben op een ontmoetingsvoorstel dat niet plaatsvindt door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst. (A2; NRM) (zie #113H)

Advocaat 2
Bij die ontmoeting wordt nu toch heel vaak een echte ontmoeting bij voorgesteld, fysiek, terwijl je natuurlijk ook virtuele ontmoetingen hebt via bijvoorbeeld FaceTime, Skype, etc. Ik denk dat je dat in de huidige tijd ook strafbaar moet stellen. Dus dat het niet alleen maar strafbaar moet zijn om iemand ertoe te bewegen in het echte leven op straat of fysiek iets te doen, maar ook als het betrekking heeft op een virtuele ontmoeting. Dat zou je kunnen doen door het woord ‘virtuele’ er tussen haakjes voor te zetten. En dan krijg je natuurlijk weer: wat is een virtuele ontmoeting? Kijk, het gaat om het oogmerk van ontucht, wat daar mee samen moet hangen en ik denk dat op het moment dat je via welk communicatiemiddel dan ook in contact met elkaar kunt treden en er kunnen daarbij ontuchtige dingen gebeuren, dan ben je er

al. En de beste voorbeelden zijn natuurlijk de Skypegesprekken, waarbij dan vervolgens gevraagd wordt van 'doe je shirtje eens uit' etc.

Wat ik altijd heel raar heb gevonden is dat het opeens strafbaar gesteld is als het via een computer gebeurt, maar de man die iedere dag als de school uitgaat langsloopt en vriendelijk groet en vervolgens een keer zegt van 'goh, wat heb je een leuke Nike's aan', enzovoorts, die contact legt op die manier en aan het groomen is, dat is niet strafbaar. Dat is eigenlijk raar als je daar lang over nadenkt. Die beperking tot een geautomatiseerd werk, daarvan zou overwogen kunnen worden om die te verwijderen. Je zou eigenlijk kunnen zeggen: hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij de leeftijd van zestien nog niet heeft bereikt een virtuele – tussen haakjes – ontmoeting voorstelt… Dan ben je er. Het is natuurlijk altijd lastig te bewijzen dat iemand het oogmerk heeft ontuchtige handelingen met die persoon te plegen. Digitaal is dat makkelijker te bewijzen, omdat iemand daar in zijn teksten blijk van geeft. Van die teksten als 'ik wil graag je borsten een keer aanraken' of 'ik wil graag dit voelen, dat voelen', dat is makkelijker te bewijzen dan die meneer die iedere keer dat de school uitgaat langsloopt. Dus ik snap wel dat men, op enig moment toen dit opkwam, dacht van 'hé, daar moeten we wat mee', maar het is wel een mooi voorbeeld van gelegenheidswetgeving, omdat er niet over is nagedacht van: 'goh, gebeurt dit eigenlijk ook op een andere manier en willen we dat dan niet ook gelijk meepakken?'

Nationaal Rapporteur Mensenhandel

Maar dit is allemaal online grooming en in de reële wereld gebeurt dit natuurlijk ook, en dat is in de reële wereld niet strafbaar. En dat is eigenlijk ook gek, want wat je niet wil is dat een volwassene een kind zodanig manipuleert dat dit kind uiteindelijk toestemt in een afspraak die zou moeten gaan eindigen of resulteren in seksueel contact. Zodra dat seksueel contact er is, is online en offline gelijk. Zolang dat er nog niet is, kan de oom die iedere keer opmerkingen tegen zijn kleine nichtje maakt en uiteindelijk zegt 'nou, als je ouders er dan niet zijn, zullen we dan een afspraak maken?' zijn gang blijven gaan. En dan komt die afspraak er – dat is ook grooming – maar dat is gewoon in de echte wereld. Dat is niet strafbaar, maar als je hetzelfde online doet, dan is het wel strafbaar. Dus ik denk dat daar ook naar gekeken zou moeten worden om dat gelijk te trekken. Voor kinderen is offline en online één wereld en wij denken nog heel erg in twee hele gescheiden werelden. Dus ook hier zeg ik: kijk naar het gedrag, het fenomeen wat je niet wilt. Je wilt niet dat een volwassene een kind zo bewerkt, manipuleert, uitlokt, vleit, cadeautjes belooft om uiteindelijk die ontmoeting te hebben waar dan seks uit voorkomt; dat is wat je niet wil. Of die dat nou doet via Facebook of msn of dat hij dat nou doet door gewoon die dingen tegen het kind te zeggen als de ouders even niet in de buurt zijn of het is misschien wel een buurman die zegt 'nou, je kan bij mij snoepjes krijgen'. Dat is het gedrag wat je niet wilt. En het maakt niet zo veel uit welk medium je daarvoor gebruikt.

#114 De wetgever zou in overweging kunnen nemen zich uit te laten over de vraag of een poging tot het plegen van art. 248e Sr strafbaar is. (Notitie OM 2014; O4; R3) (zie #114H)

- De rechtspraak is verdeeld over de vraag of een poging tot het plegen van art. 248e Sr strafbaar is. (Notitie OM 2014; O4; O5)

Notitie OM 2014 (document)
'Daarnaast is noch uit de wet, noch uit de parlementaire geschiedenis op te maken of een strafbare poging tot grooming tot de mogelijkheden behoort, als de verdachte wel probeert te komen tot het maken van een afspraak, maar dit niet lukt omdat bijvoorbeeld het beoogde slachtoffer de chat afkapt of de afspraak om een andere reden niet concreet wordt. De rechtspraak is hierover verdeeld. (...)

Voorstel: (...) Bepaal voorts of en in welke vorm een pogingsvariant van een dergelijk misdrijf strafbaar is.'

Officier 4
Ik heb begrepen dat het artikel als poging bewezen is geacht. Daar staat ook iets over in de notitie. Er is in Den Bosch in ieder geval een voorbeeld in eerste aanleg waarin die als pogingsvariant is bewezen verklaard en het alleen als poging ten laste was gelegd, waarbij ik me afvroeg wat het verschil is met een poging en het slotstuk waarin je een poging als voltooid delict ziet. Ik zie het niet. Ik denk dat als je het ten laste had gelegd als voltooid delict, je het ook gered had. Het verweer kwam dat dit artikel niet kan als poging. De rechtbank zegt heel droog: er is in de wetsgeschiedenis niets te vinden waarom het niet kan, dus kan het wel. Ik denk dat de rechtbank daar gelijk in heeft. De discussie of iets kan als poging is een hele andere. Maar er zijn ook uitspraken van rechtbanken in de eerste lijn waar het niet is geaccepteerd of niet bewezen is verklaard. Maar het levert in ieder geval discussie op. De lat ligt eigenlijk net weer te hoog om werkelijke meerwaarde te bieden. De wetgever zou eigenlijk buiten twijfel moeten stellen of je hiervoor ook een pogingsvariant hebt. Het begin van uitvoering is dan het probleem.

Officier 5
Maar omdat het geen strafbaar feit is, omdat wij namelijk boven de zestien zijn, kan ik ook niet zeggen: deze meneer is een poging aan het doen, ik ga zijn gegevens vorderen om te kijken wie achter dat IP-adres zit. Ik mag namelijk geen opsporingsmethoden inzetten, want ik heb namelijk een vermoeden van iets wat niet strafbaar is. Alleen maar omdat achter deze kant van de webcam een verbalisant zit van veertig. Als ik daar zijn neefje naast zet van vijftien en die gaat achter het toetsenbord zitten, dan is het ineens wel een strafbaar feit.

Of het een poging kan opleveren, is ook een hele discussie en daar zijn de rechters het ook niet over eens. We hebben het een aantal keer geprobeerd, poging grooming. De ene helft van de rechters zegt: 'nee, ik lees de parlementaire geschiedenis zo dat de wetgever dit als een voorbereidingsdelict heeft

gezien en een poging van een voorbereidingsdelict gaat me te ver'. Anderen zeggen: 'ja hoor, zal wel voorbereidingsdelict, deze meneer heeft echt geprobeerd, en het is niet aan zijn wil te danken dat het niet gelukt is, en die veroordelen we voor poging'. Exact dezelfde situaties, dus dat weten we ook niet.

Rechter 3
Ik heb er niet zo veel praktijkervaring mee, maar wat ik me voorstel is dat de verhouding tussen het enige handeling ondernemen en het begin van uitvoering van de pogingsleer lastig is. Wanneer is het dan een poging en wanneer is de handeling al het voltooide delict? Er kan geen poging zijn; bij elke handeling heb je het delict al voltooid eigenlijk. Daar zou misschien wel duidelijkheid over kunnen komen door te zeggen van: elk begin van uitvoering levert al het voltooide delict op, als dat de bedoeling van de wetgever is. Zoals je dat bijvoorbeeld ook bij aanslagen op het Koningshuis hebt. Als je dan ook maar begint met iets te doen, dan heb je het delict al voltooid. Maar ik weet niet of dat de bedoeling van de wetgever is. Als er wel ruimte voor een poging over moet blijven, dan zou misschien het bestanddeel 'enige handeling' anders geformuleerd moeten worden. Zoals het er nu staat, kan het haast niet anders dan dat bedoeld is dat de voorbereiding al direct het delict oplevert.

Ik ben geen wetgever, dus ik kan die problemen niet oplossen, maar wel signaleren van 'dit is waar we tegenaan lopen'. En hoe het dan anders en beter zou moeten precies, dat vind ik lastig te zeggen. De wetgever zou buiten twijfel moeten stellen of überhaupt een poging mogelijk is bij dit delict, want daar lijkt vrij weinig ruimte voor als ik dit zo bekijk. Je zou bijvoorbeeld kunnen zeggen: met het verrichten van de handeling heb je het delict voltooid.

#115 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrens van art. 248e Sr op achttien jaar te stellen. (O1; R2) (zie #115H)

- Ook jongeren van zestien en zeventien jaar dienen onder het beschermingsbereik van art. 248e Sr gebracht te worden. (O1)

#116 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van de gehele zedentitel op achttien jaar te stellen. (R2)

- Het instellen van een hogere leeftijdsgrens past bij de ontwikkelingen op het gebied van de toelaatbaarheid van roken en alcoholconsumptie. (R2)

Officier 1
Hier is een heikel punt die 'leeftijd van zestien nog niet heeft bereikt'. Ik heb zelf een zaak gehad waarin alle handelingen om ontmoetingen te regelen voor de zestiende verjaardag hadden plaatsgevonden en de ontmoeting daarna. Dan kan je de poging wellicht nog ten laste leggen. Ik zou dit ook zelf breder willen toepassen, gewoon onder de achttien. Want de ene van zestien is de ander niet. Zelfs voor een zeventienjarige kan dat gelden. En voor de situatie

die ik aangaf. Uiteindelijk is het niet aan de verdachte; die heeft niet zitten wachten tot ze zestien werd. Dus uiteindelijk was zijn doel er gewoon op gericht om met een jong meisje in contact te komen en daar mogelijk handelingen mee te verrichten of afbeeldingen van te maken. Dan vind ik het wel een tekortkoming als je dan niet iemand op die manier, of die gedragingen als zodanig, kan aanpakken. Onder de zestien is het. Ik vind eigenlijk dat zestien en zeventien daar ook nog onder moeten kunnen vallen. En dan is het denk ik meer als een dergelijke zaak zich voordoet afhankelijk van andere omstandigheden – de leeftijd van de verdachte ook – of je zegt 'dat daar is wel of niet een groot leeftijdsverschil' of 'nou ja, daar ga ik wel of niet een zaak van maken'. Je moet wel in bepaalde gevallen die mogelijkheid gewoon hebben, want zestien is ook nog maar zestien. Je kan niet nu nog een nieuwe categorie maken van: 'zestien en zeventien moet aan de beoordelingsvrijheid van de professionals overgelaten worden'.

Rechter 2
De vraag is waarom het zestien zou moeten zijn. Ik zou dan eerder aan achttien denken. Drank gaat naar de achttien, roken gaat naar de achttien en seksuele delicten worden zestien, dat is dan ook raar. Dat geldt dan eigenlijk voor alle delicten. Eigenlijk zou over de hele linie overwogen moeten worden of die grens van zestien niet naar achttien getrokken zou moeten worden.

#64H Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van art. 248e Sr (zestien jaar) en art. 248a Sr (achttien jaar) op elkaar af te stemmen. (A1) (zie #64)

Advocaat 1 (naar aanleiding van art. 248e Sr)
Bij grooming maak je via digitale weg een afspraak met iemand met als doel een seksdate. Dat mag niet als iemand de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt. Vervolgens gaan we naar 248a Sr. Door een dergelijk contact te leggen wordt iemand vaak uitgenodigd tot seksuele ontucht – uitlokken van. Hier geldt weer de leeftijd van achttien jaar. Het lijkt me of het een of het ander te zijn. Ik heb dit verschil in leeftijd nooit goed kunnen begrijpen. Dat is een knelpunt waar ik in de praktijk tegenaan loop. Ik kan mijn cliënt heel moeilijk uitleggen waarom het in het ene geval zestien is en in het andere geval achttien: is dat alleen maar omdat het ene artikel jonger is dan het andere of omdat men dit over het hoofd heeft gezien of zit daar een diepere gedachte achter? Als ik moeite heb om het uit te leggen, dan schort daar iets aan. Die leeftijdsgrens zou eigenlijk voor alle artikelen op één leeftijd gesteld moeten worden.

#117 Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr af te schaffen. (A3) (zie #117H)

- Art. 248e Sr bergt het gevaar in zich van een intentiestrafrecht. (A3)

- De vroeg gelokaliseerde strafbare gedraging in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat een tussentijdse verandering van intentie de strafbaarheid onaangetast laat. (A3)

- De vroeg gelokaliseerde strafbare gedraging in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat ontuchtige fantasieën die niet gepaard gaan met de intentie deze tot uitvoer te brengen onder het bereik van het strafrecht worden gebracht. (A3)

#118 Contra. Het verdient geen aanbeveling de strafbare gedraging in art. 248e Sr nog verder naar voren te halen. (A1; A2; R1; R5; RK) (zie #105, #105H en #118H)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich van een intentiestrafrecht. (A2; R5)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat het bereik van de wet te ruim wordt. (R1; R5)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr is problematisch in het licht van het legaliteitsbeginsel. (R1)

- De stelling dat de huidige formulering van art. 248e Sr het niet mogelijk maakt vroeg genoeg in te grijpen is onjuist, aangezien het ook mogelijk is onwenselijk gedrag te voorkomen door de persoon die blijk geeft van onwenselijke intenties erop te attenderen dat zijn gedrag niet onopgemerkt is gebleven. (R1)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat een tussentijdse verandering van intentie de strafbaarheid onaangetast laat. (R5)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat ontuchtige fantasieën die niet gepaard gaan met de intentie deze tot uitvoer te brengen onder het bereik van het strafrecht worden gebracht. (R5)

- Een argument om het bestanddeel ‘indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting’ in art. 248e Sr te handhaven, is dat de rechter aldus wordt gedwongen de strafbaarheid goed te motiveren. (R5)

Advocaat 3
Ik vind dat grooming eruit moet. Ik vind dat het er nooit in had moeten komen. Toen het pas ingevoerd werd, hebben we daar ook commentaar op geleverd, omdat het gevaar is dat je een soort intentiestrafrecht krijgt. De achterliggende gedachte is dat je moet ingrijpen voordat het daadwerkelijk tot een afspraak komt, dat je kinderen moet beschermen, dat je niet moet wach-

ten tot… Maar ik denk dat er andere artikelen zijn, zoals de poging, waar je ook al best wel een eind mee komt om in te grijpen voordat het zo ver is. Het idee is altijd ‘hoe sterker en hoe beter beschermend, hoe beter’, maar het nadeel ervan is echt het gevaar van een intentiestrafrecht, want het feit dat iemand chat en zelfs die bedoeling uit van ‘goh, ik zou best wel eens een keertje met je…’, maakt dat je geen enkele mogelijkheid meer krijgt om te accepteren dat het misschien op fantasiebasis blijft. Zeker het internet is natuurlijk een enorme wereld waar alles kan op een anonieme basis en waarin je dus echt heel erg kan fantaseren over dingen die je niet daadwerkelijk ten uitvoer zult brengen. Hier proef je heel erg: ‘wij vinden normatief van alles en nog wat, dat is een vieze man, er over denken mag niet…’ Maar we leven wel in een maatschappij waar denken en fantaseren nog steeds niet strafbaar is. En als je dit dus zo doet, dan kom je echt op een hellend vlak.

Kijk, je moet een ontmoeting voorstellen met het oogmerk, dat is soms lastig, maar goed als iemand zegt ‘ik zou heel graag je borstjes willen voelen’, dan is dat oogmerk vrij duidelijk, dus daar kun je wel wat mee. Maar je moet een handeling ondernemen gericht op het verwezenlijken. Is dat dan vragen? De internettijden van de trein opzoeken? Al die dingen kunnen nog heel goed gebeuren bij iemand die daarna als hij zijn computer uitzet denkt: ‘waar ben ik eigenlijk mee bezig? Wat stom, ik ga toch echt niet met een kind afspreken? Ze ziet toch dat ik geen goddelijke zeventienjarige ben?’ Daar kun je niet meer op terugkomen, want het feit is gewoon al voltooid op dat moment en dat is strafwaardig. De reden daarvoor is dat we kinderen willen beschermen en zo vroeg mogelijk willen ingrijpen en dat is gevaarlijk.

Het is niet alleen dat je gepakt wordt in een heel vroeg stadium zonder dat je daadwerkelijk echt iets fysieks wil gaan doen, maar het maakt je hele leven voor altijd kapot, want een veroordeling voor grooming heeft gevolgen voor je VOG. Het heeft gevolgen voor je mogelijkheden om ooit nog aan het werk te komen. Dus de impact is zo gigantisch en dan roepen er natuurlijk allerlei beschermers van de belangen van minderjarigen: ‘maar de impact van seksueel misbruik is…’ Natuurlijk, maar door die emotie van ‘het is erg en het gaat om kinderen die beschermd moeten worden’ verliezen we een aantal andere dingen uit het oog, ben ik bang.

Advocaat 1
Ik ben geen voorstander van het naar voren halen van het strafbare handelen. Die tendens is er wel, maar ik ben er tegenstander van. Zoiets moet wel geconcretiseerd worden. Niet alles wat moreel verwerpelijk is, moet je ook in het strafrechtelijke willen oplossen.

Advocaat 2
Je kan grooming eigenlijk vergelijken met voorbereidingshandelingen en voor voorbereidingshandelingen is ook een begin van uitvoering vereist. En ik vind dat toch echt wel het minimum voordat we mensen gaan opsluiten. Dus de officieren kunnen dat allemaal lastig vinden, maar dan hadden ze maar een andere baan moeten zoeken. Voordat je mensen opsluit, moeten ze wel een

handeling hebben verricht. Het is gelukkig nog zo dat denken vrij is. Denken is eigenlijk het enige wat echt vrij is en niet gereguleerd is door de overheid. Als je dat laat vallen, dan wordt eigenlijk bijna al denken aan een ontmoeting strafbaar. En ik denk dat je – al helemaal bij dit soort types – een heel scherp onderscheid moet hebben tussen 'u mag fantaseren wat u wilt, maar u mag het niet doen!' Daar is ook het onderscheid tussen een gezond mens en een psychopaat op gebaseerd. Dus ik denk dat je die eis toch gewoon wel mag stellen.

Rechter 1

Voor art. 248e hoeft de ontmoeting niet daadwerkelijk gerealiseerd te zijn. Je moet een ontmoeting voorstellen. Dat blijkt dan vaak uit de tekst van gesprekken of van verhoren. Ja, dat werkt heel behoorlijk. Het artikel is in staat om vroeg genoeg in te grijpen, want als je nog vroeger gaat ingrijpen, dan wordt het lastig. Ik denk dus: door de combinatie van dingen moet duidelijk zijn dat het een seksuele lading en bedoeling heeft. Dat moet je vast kunnen stellen. Dat eist de wet. En dan eist de wet weer niet dat de ontmoeting die je afgesproken hebt, ook geëffectueerd is. Het is niet zo dat je pas te laat kunt ingrijpen, want je kan ook ingrijpen als je er verder geen strafzaak van kan maken. Je kunt ook gewoon iemand op zijn schouder tikken. Wat ook wel eens gebeurt bij overvallen. Kapot maken. Je hebt informatie dat iemand iets lelijks van plan is en je stuurt agent Platvoet daarheen en die zegt: 'vriend wat je ook van plan bent, doe het niet! Wij weten dat je er mee bezig bent, houd ermee op! We houden je in de gaten!'

Als je moet kiezen tussen het ruimer maken van de wet zodat in een veel eerder stadium kan worden ingegrepen en platstampen, dan heeft de platstampmethode mijn voorkeur. 'Thinning the maze, widening the net', dat zijn twee hele belangrijke concepten. Als je het net te wijd of te fijnmazig maakt, dan krijg je andere problemen. Dan beschuldig je mensen van grooming, terwijl daar eigenlijk geen enkele reden toe is. Dat is ook naar een verdachte toe. De wet moet ook beschermend werken. Behalve een zwaard om te slaan, is het ook een schild om je te beschermen. En dat er dan ook te veel dingen onder kunnen vallen die in gemoede niet tot dit soort gedrag aanleiding geven. En dat is een keus. En ik snap best dat een officier eerder wil door kunnen pakken. En als hij het echt niet vertrouwt of het is iemand die nog in toezicht loopt of in het verleden nog wat dingen heeft gehad, dan stuurt hij er gewoon iemand op af die zegt: 'vriend, dat moet afgelopen zijn. Voor ieder ander zouden we er niets van zeggen, maar jij hebt nu eenmaal dit en dit gedaan. Weet dat de officier het ook weet. En denk erom dat als het tot iets komt, dat we je in beginsel, spreekwoordelijk, aan de hoogste juridische boom opknopen.' Je kunt dan zeggen: is dat dan wel ethisch? In ieder geval heeft er dan verder niemand last van. Je maakt er een nette mutatie van, je legt het wel vast, wat en hoe. Je moet er ook voorzichtig mee zijn.

Als een delict te vaag wordt en er te veel onder valt, dan raak je aan art. 1 Sr. Dan zaag je de rechtstaat ten gronde om. En dan kan de officier wel zeggen: 'ja, maar ik wil eerder kunnen ingrijpen'. Ik vind het legaliteitsbeginsel

minstens zo belangrijk. Alleen, ik vind dat officieren daar ook wel eens aan mogen denken. En natuurlijk is het fijn als je kunt optreden als je denk dat het nodig is. Maar de vraag is dan: wat als het niet binnen de wet valt en het toch buitengewoon ongewenst is? Nou, dan heb je agent Platvoet.

Maar nogmaals, te dunne mazen leveren andere wezenlijke problemen op. En dan moet er een hele zware maatschappelijke noodzaak zijn, en die is er volgens mij niet. Dat zou de enige reden kunnen zijn dat je heel weloverwogen zegt van: ‘er is zo’n groot probleem rondom dit soort processen, wij moeten de normen strenger stellen, we voeren de seksuele Sharia in. Geen contact tussen mannen boven een bepaalde leeftijd en vrouwen die ze niet kennen onder een bepaalde leeftijd. Dat kan je verbieden. Raar verbod. Dat zit nog verder in de voorfase.

Rechter 5
Het is soms best lastig te bepalen wanneer je nou een handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van de ontmoeting. In die groomingszaken die wij hebben gehad, struikelt het daar dan op, maar als je het weghaalt, dan zou – als ik het goed zie – het enkele voorstellen van een ontmoeting al genoeg zijn: ‘wil jij seks met mij?’ Ik zou dan denken ‘dat gaat te ver’, want het is lastig als iemand iets roept om daar direct ook maar het oogmerk uit te halen dat je daadwerkelijk seks wilt of dat het een geintje is. Of dat iemand na een nachtje erover slapen denkt van: ‘gut, wat heb ik nu gezegd, dat kan natuurlijk echt niet’. Dus ik zou denken dat je dan te veel een intentiestrafrecht krijgt. De intentie is bij ons in principe niet strafbaar en juist dat stukje ziet er natuurlijk op dat je die intentie wat meer vorm gaat geven, dus ik zou nu zeggen: ‘nee, dat moet er niet uit’. Het blijft wel een knelpunt inderdaad. Wij hebben bijvoorbeeld iemand gehad die had via de Whatsapp afgesproken met een minderjarig meisje om de volgende dag elkaar te ontmoeten en seks te hebben. Het was een concrete afspraak, dus de volgende dag, in de nabije toekomst voor een *x* bedrag (zo veel honderd euro) en er was ook een ontmoetingsplaats afgesproken. Hij is daar ook naar toegegaan, maar hij zegt zelf: ‘ik heb dat inderdaad wel zo tegen haar gezegd, maar het was eigenlijk een beetje voor de gein en ik heb haar de volgende dag ook nog berichten gestuurd dat ik eigenlijk gewoon wilde chillen’. Die jongen bleek ook helemaal geen geld bij zich te hebben toen hij daar kwam, dus kennelijk had hij helemaal niet de bedoeling. Als je nu dat stukje zou weghalen waar we het nu over hebben, dan zou je dus eigenlijk de mogelijkheid om ook weer terug te komen op je bedoeling onmogelijk maken, want dan zou het enkele voorstellen al strafbaar zijn. Dan heb je geen vrijwillige terugtred optie meer en is er ook eigenlijk niet meer sprake van een poging; het enkele roepen zal al genoeg zijn. Als je het weghaalt, dan gaat het te ver vind ik. Dan kom je te snel in een strafbare gedraging. En zoals het er nu staat, vraagt het wel om motivering: waarom vind je dat dit nou echt wel grooming is en dat iemand daadwerkelijk zijn oogmerk ook tot uitdrukking heeft gebracht? En als ik er zo over nadenk, is het wel een knelpunt, maar misschien ook wel ten goede, omdat je daardoor gedwongen wordt om de situatie heel erg onder de loep te

nemen en uit te leggen: dit vinden we echt over de grens. Dus ik zou, nu ik er zo lang over nadenk, nog sterker tegenstander ervan zijn dat eruit te halen. Laat dan maar zo staan.

Renée Kool
Ik vind wel dat dat 'enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' in het artikel moet blijven staan. En dat zou ik dan ook, eerlijk gezegd, vrij strikt willen interpreteren, want anders krijgen we 'Samir A. gevalletjes' en dat soort dingetjes. Je moet wel *iets* hebben. Het is primair jouw verantwoordelijk om erop te letten wat je kinderen in die onbeschermde omgeving doen. Als we dan met het strafrecht aan de hand komen, dan vind ik wel dat er iets substantieels moet zijn. Mannen in de bosjes waren er altijd al en er zijn nu ook mannen in de digitale bosjes, zeg maar. Dat is een soort gevaarzetting die je zelf moet ondernemen. Het strafbaar stellen van sekschats zou ik ook niet willen; dat gaat me te ver. In Amerika hebben ze een veel breder begrip dan grooming. Dan bind je een soort fatsoensnorm, een terechte fatsoensnorm overigens, op iemand die zich dan permanent niet moet laten uitlokken bij wijze van spreken door een minderjarige, want zo gaat het hè. Die minderjarigen denken dat ze het allemaal kunnen beheersen en ondertussen beginnen ze ergens aan, alleen weten ze niet waar het eindigt. Het is allemaal spannend bij wijze van spreken. Dan denk ik 'nee, je moet wel iets hebben', in ieder geval die intentie. Ik vind niet dat je moet gaan sekschatten met minderjarigen, maar of dat nou strafwaardig moet zijn. Dan denk ik van: 'nee, dat zou me te ver gaan'. Er moet iets uit voortkomen: óf een afbeelding óf iets pornografisch bij wijze van spreken.

#119 Contra. Het verdient geen aanbeveling het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr te koppelen aan de voorstelling van de dader. (A1; A2; A4) (zie #109, #109H en #119H)

- Het koppelen van het leeftijdsvereiste aan de voorstelling van de dader is in strijd met de ratio van art. 248e Sr, zijnde de bescherming van personen die daadwerkelijk minderjarig zijn. (A1)

Advocaat 1
Met betrekking tot lokpubers – politieagenten die zich voordoen als minderjarigen – als je het hebt over misleiding, dan is dat het. Dat is om de pedo's eruit te vissen. Kijkend naar de ratio – bescherming van de minderjarige – er wordt geen minderjarige geschaad. Dus ik ben er geen voorstander van dat ook grooming met lokpubers, niet zijnde minderjarigen, strafbaar is. Op dit moment hebben we de rechtspraak aan onze kant. Ik ben er geen voorstander van. Ook kijkend naar de bedoeling van de zedenwetgeving, dat is niet zozeer de pedo's eruit vissen, maar de bescherming van minderjarigen. Dat je een pedofiel bent is één, dat is niet erg, zo lang je er maar niets mee doet. Op moment dat je er niets mee doet, althans niet met een minderjarige, vind ik ook niet dat je strafbaar zou moeten zijn, althans niet in beginsel. Met die voor-

stellen van die lokpubers, dan zou je dus iets doen met een meerderjarige. Dat is niet handig en je kunt zeggen ‘hij heeft pedofiele neigingen’ en dat zal allemaal best, maar hij doet nog niets, althans niet met een minderjarige. Dan zou ik zeggen: dat moet niet onder de werking van de strafwet vallen.

Ik vind het te ver voeren om te zeggen dat is één op één. Namelijk, iemand die zo’n afspraak maakt, die gaat ook ontucht plegen. Je zou kunnen zeggen ‘waarom maak je anders zo’n afspraak?’, maar dat is toch niet zo. In mijn praktijk kom ik vaak genoeg mensen tegen die een afspraak maken, maar dat het tijdens zo’n afspraak geheel anders loopt. Misschien dat iemand tot inzicht komt of schrikt van ‘deze is wel erg jong’. Ik vind dat de grens dan gesteld moet worden met dat je zeker weet dat het een minderjarige is, dat staat dan in de wet, dat is grooming. Als je dat niet zeker weet of dat blijkt niet zo te zijn, dan wordt er geen belang van minderjarigen geschaad. En dan vervolgens de grens verschuiven naar de afspraak zelf. En je kan natuurlijk zeggen ‘safety first’ of maak alles maar strafbaar zodra er een minderjarige bij betrokken is, maar dat vind ik een beetje kortzichtig. Dat lijkt meer te passen bij onderbuikgevoelens. In het huidige klimaat geldt dat alles wat maar riekt naar zedenfeiten en kinderporno moeten we maar direct strafrechtelijk aanpakken. Ik ben er als advocaat voor om een beetje tegengas te geven, dus in dit geval is mijn standpunt: niet doen.

Advocaat 2

Ik ben wel blij dat lokpubers er niet onder vallen; ik ben daar niet zo voor. Dus wat mij betreft zou dat een objectieve leeftijd moeten zijn. En als men vindt dat politiemensen dit zouden moeten kunnen uitlokken, dan maken ze daar maar een bijzondere opsporingsbevoegdheid van, omgeven met alle waarborgen die nodig zijn. Het is niet voor niks zo dat uitlokking strafbaar is in ons land. Ik vraag me ook af of je er zo veel aan hebt, in de opsporingssfeer hè. Stel nou je doet dat. Oké, dan pak je iemand voor dit artikel. Dit is zo’n beetje de laagste strafbedreiging uit die hele zedentitel. Ga je daar wat mee bereiken? Ik zou denken: zet je capaciteiten nou eens in om de verspreiders en makers van kinderporno te vinden. Ga daar eens je capaciteiten inzetten; we weten allemaal dat die zaken op de plank blijven liggen op het ogenblik. We weten dat er daadwerkelijk kinderen misbruikt worden, ook in ons land waar de politie allerlei gegevens van heeft maar waar geen capaciteit op wordt ingezet en dan gaan we met zijn allen een beetje lopen uitlokken? Toedeledoki, zet die agenten dan in op de zaak waarvan je enigszins kunt hopen dat je ze die rond kunnen maken.

Advocaat 4

Ik ben het eens met de jurisprudentie hierover. De jurisprudentie dat het moet gaan om een daadwerkelijke minderjarige en niet iemand die zich voordoet als een minderjarige.

3.2.8 Misbruik van gezag (art. 249 lid 1 Sr)

Artikel 249 Sr
1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
(…)
2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een (…) rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, (…), die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;
(…).

Ontucht met een minderjarige met misbruik van gezag (art. 249 lid 1 Sr)

#120 Overwogen zou kunnen worden de omstandigheden die het misbruik van gezag in art. 249 Sr specificeren ten aanzien van minderjarigen uitsluitend in de wet op te nemen als strafverzwarende gronden. Deze strafverzwarende gronden kunnen dan worden toegepast bij de artikelen 244, 245 en 247 Sr. (O1) (zie #152)

Officier 1
Als er een zaak speelt en daar moet een strafbaar artikel bij gezocht worden, dan kijk je naar de leeftijd, je kijkt naar het type handelingen die verricht zijn en daar komt bovenop nog de speciale relatie die er soms wel of niet is. Een eigen kind, een stiefkind, een verzorger. Het zou wat mij betreft ook veel duidelijker en simpeler kunnen door juist met die criteria te werken. En dan zou dus ook misbruik van gezag als een sec strafverzwarende omstandigheid kunnen werken. Want nu plaats je hem vaak extra, omdat je eerst de algemene ontuchtige handelingen ten laste legt en dan daarbovenop ook zegt: het is iemand die bovendien misbruik heeft gemaakt van zijn gezag. Misbruik van gezag is natuurlijk zowel kind, stiefkind, pleegkind als zorg, opleiding, waakzaamheid. Dat haal je ook specifiek er uit als het in de zaak relevant is. Dan ga je niet de hele rits opsommen, maar je plaatst het wel vaak naast het ontuchtfeit. En soms valt hij er ook tussenuit. Hier staat zes jaar op en op 247 ook. Dus als het iemand onder de zestien zou zijn, dan wordt het wel behandeld als specifiek strafbepalende omstandigheid, maar hoeft het niet zozeer ook op de dagvaarding nog eens tot uitdrukking te komen. Dat is prettiger. Het is dan wel de situatie waar iemand onder de zestien is, dan dekt het de lading. Dan heb je 244, 245 en 247. Dan zou 249 voor mij weggeschreven kunnen worden in de strafverzwarende omstandigheid.

#47H Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor zowel binnendringen als ontucht bij jeugdigen. Aan deze delic-

ten zouden dan strafverzwarende gronden, zoals leeftijd onder de twaalf jaar, het misbruik maken van een afhankelijkheidsrelatie of het gebruiken van geweld kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #47)

#121 Bij het redigeren van strafverzwarende gronden die betrekking hebben op een afhankelijkheidsrelatie zou overwogen kunnen worden ook een algemener, ruimer begrip toe te voegen. (O5)

- In veel gevallen is het lastig te bepalen of een bepaalde afhankelijkheidsrelatie onder een van de termen van art. 249 Sr gebracht kan worden. (O5)

Officier 5 (naar aanleiding van art. 244, 245 en 247 Sr)
Mijn ideaal zou zijn als je gewoon de hele zedenparagraaf eens even lekker door zou rauzen en kolommen gaat maken. Maak een ontuchtartikel, maak een verkrachtingsartikel, een seksueel binnendringen artikel. Maak iets wat minder tastbaar is. Dus zeg maar meer de groomingsactiviteiten: het inpakken van kinderen of het doen van oneerbare voorstellen. Doe daar bijvoorbeeld schennis of schennisachtige artikelen bij. En maak dan ook daaronder allemaal leden die strafverzwarend werken: kind onder de zestien, kind onder de twaalf, met lichamelijk letsel of dood ten gevolge, meerdere personen, dat soort dingen. En veeg ook alles bij elkaar wat met een afhankelijkheidsrelatie te maken heeft. Dus niet die eeuwige discussie over: was iemand dronken genoeg, lichamelijk onmachtig? Was het een geestelijk gehandicapte die wel of niet die seks wilde? Was het wel of niet een echt kind of een stiefkind of een oppaskind? En valt dat wel onder 'aan zijn waakzaamheid toevertrouwd'? Dat zijn allemaal eindeloze discussies. Maak een artikel waar het erom gaat dat jij bepaalde ontuchtige handelingen of binnendringhandelingen pleegt door misbruik te maken van een kwetsbare positie van iemand. En dat kan je ook nog wel uitsplitsen in of dat het kwetsbaar is in deze situatie of in lichamelijke onmacht of zo, maar nu zijn er zo veel van dat soort termen door elkaar. In zo veel verschillende artikelen. Het kost je een dag om erachter te komen – als je zo'n complex feit hebt – welke artikelen je er nou op moet plakken.

Ik zou dus zeggen, maak een seksueel binnendringen feit en werk met strafverzwaringen. Dus ik noem maar wat: het basisfeit is vier jaar, onder de zestien is zes jaar, onder de twaalf is het acht jaar en zit er nog een kwetsbare positie bij, dan mag er nog een derde bovenop. Zo iets. In zo'n soort systeem zou ik het zelf zetten.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 249 Sr)
Dit zou ik dus allemaal willen vatten onder dat afhankelijkheidsartikel dat betrekking heeft op mensen in die kwetsbare positie. Daar zou je deze – als je het zo uit zou willen blijven splitsen – zo onder kunnen brengen. Maar het is

wel heel expliciet allemaal. Je moet vaak een discussie aangaan of iemand aan jouw waakzaamheid was toevertrouwd omdat je er een uurtje mee hebt staan afwassen of zo – ik noem maar wat. Ik zou zelf liever een wat algemener – misschien hier bovenop, dus naast dit – begrip van de kwetsbare positie of de afhankelijkheidspositie van iemand erin willen hebben. En dan dus gewoon daar een artikel voor maken met dus weer het plussen van leeftijd en soort afhankelijkheidsrelatie. Iemand die zijn eigen kind misbruikt onder de twaalf is natuurlijk heel iets anders dan een volwassene dronken voeren. Het zou dus onder hetzelfde afhankelijkheidsartikel moeten gaan vallen, maar het zijn natuurlijk hele andere situaties. Dus daar zou je in de strafverzwaring en in de extra omstandigheden iets mee kunnen.

#122 Overwogen zou kunnen worden een basisdelict te creëren voor het plegen van ontucht met jeugdigen. Hierbij zou onderscheid gemaakt kunnen worden tussen de leeftijd onder de twaalf jaar, van twaalf jaar tot zestien jaar en boven de zestien jaar. Aan deze delicten zouden dan strafverzwarende gronden kunnen worden gekoppeld die betrekking hebben op de omstandigheden die nu in art. 249 Sr zijn opgenomen. (A2) (zie #43, #69, #108, #108H, #125, #125H, #144 en #144H)

Advocaat 2
Volgens mij moet je gewoon zeggen: ontucht met een minderjarige is strafbaar. Ik zou er een onderscheid in maken tussen twaalf, zestien en hoger, en dan als algemene strafverzwarende omstandigheid opnemen dat als je dat doet met iemand die aan je zorg, opleiding of waakzaamheid is toevertrouwd, dat je dan een hogere straf moet krijgen. En hetzelfde zou ik dan ook voor dat lid 2 doen.

#38H Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 247 Sr jo. art. 248 lid 2 Sr, hetgeen een strafbedreiging van acht jaar oplevert en anderzijds art. 249 lid 1 Sr, hetgeen een strafbedreiging van zes jaar oplevert, te herzien. (Notitie OM 2014; NRM) (zie #38)

- Het verschil in strafbedreiging dat tussen de beide bepalingen bestaat is een uiting van inconsequente wetgeving. (Notitie OM 2014; O3; NRM)

Notitie OM 2014 (document)
'249 Sr en 247 jo 248 lid 2 Sr
Sinds de invoering van artikel 248 lid 2 en het daarmee ontstaan van een strafverzwarende grond bij de artikelen 240b, 242, 247 en 248a in onder meer die gevallen waarbij het handelingen tegen iemands eigen kind betreft, is er een vreemde dubbeling ontstaan.

Artikel 249 Sr stelt strafbaar het plegen van ontucht met "zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte". Daar staat een maximumstraf van 6 jaar op. Het gaat hier over minderjarigheid zonder nadere leeftijdsbegrenzing (oftewel: om alle personen die jonger zijn dan achttien jaar).

Artikel 247 Sr stelt onder meer strafbaar het plegen van ontuchtige handelingen met een minderjarige onder de 16. De maximumstraf is eveneens 6 jaar. Artikel 248 lid 2 Sr geeft echter de mogelijkheid deze straf te verhogen tot 8 jaar als er sprake is van iemand die het feit begaat "tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorende tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte".

Kortom: op ontuchtige handelingen met minderjarigen onder de 16 staat in veel gevallen zowel een maximumstraf van 6 jaar, als een maximumstraf van 8 jaar. Dat is een bijzondere situatie, waarvan niet goed uit te leggen is waarom deze zou moeten blijven bestaan. Bovendien doet deze situatie geen recht aan het bedoelde specialis-karakter van artikel 249 Sr.

<u>Voorstel</u>: herzie de bepalingen 247/248 en 249 op een wijze dat de onderlinge samenhang weer kloppend is en maak een keuze over het uiteindelijke strafmaximum.'

Officier 3 (naar aanleiding van art. 249 Sr)
Art. 249 Sr is een artikel dat weer een heel andere stijl heeft dan alle andere artikelen. Hier moet je vooral letten op de samenhang met 248; de strafverzwaringen. Er zit een hele rare – zeker na de laatste wijziging – overlap in. Elementen die in andere strafbare feiten als strafverzwarende elementen worden gezien, zijn hier het basisfeit. Ik gebruik hem eigenlijk nooit. Dat is een voorkeur. Ik begin met 247 of 245 en die kleed ik dan aan met de omstandigheden. Dat zou mijn voorkeur hebben. Je begint met de seksuele handelingen en dan ga je het aankleden met strafverzwarende elementen en dan kom je dus nooit bij deze, want het is altijd hoger waar je op uitkomt als je het aankleedt dan wanneer je deze kiest. Deze is alleen ook weer in die incestzaken handig omdat dit doorgaat tot achttien, dus ik kies dan voor 245 met strafverzwaring tot zestien en dan 249 voor de periode tussen zestien en achttien. Als ik consequent zou zijn, zou ik dus zelfs moeten zeggen dat je seks onder de achttien strafbaar zou moeten stellen – zo algemeen zoals ik net zei – maar ik snap wel dat je dat in het algemeen niet met kinderen van zestien en zeventien wil doen. Je zou een manier moeten vinden waarop je een soort consequentheid daarin vindt. Vooral de combinatie met 248 vind ik echt heel drakerig geworden.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (naar aanleiding van art. 244, 245 en 247 Sr)

En dan heb je art. 249 lid 1, dat stelt met de strafverzwaring hetzelfde strafbaar als art. 247. Art. 249 stelt voor een deel hetzelfde strafbaar als art. 247; in algehele zin is het natuurlijk een lappendeken die hele zedentitel. Als je twee wettelijke bepalingen hebt die elkaar overlappen, dan lijkt me dat wetstechnisch sowieso niet een goede zaak. Er zou naar gekeken moeten worden of het gesaneerd kan worden. De strafbedreigingen zijn ook anders, en dat is ook gek. Art. 249 is zes jaar als het gaat om kinderen onder de achttien en art. 247 ziet op onder de zestien en hier is een strafbedreiging van acht jaar als het samengaat met de strafverzwaring. Dus art. 247 jo. 248 lid 2 levert acht jaar op en art. 249 levert zes jaar op. En dat is voor de club tussen zestien en achttien; dan geeft dat iets meer dan art. 247 jo. 248 lid 2. Maar voor de kinderen onder de zestien heb je dus dezelfde gedragingen die door art. 247 jo. 248 lid 2 ten laste te leggen een strafbedreiging kennen van acht jaar en als je art. 249 ten laste legt, dan heb je een strafbedreiging van zes jaar. Ik vind dat inconsequente wetgeving. Ik zou zeggen dat dat gesaneerd moet worden.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (naar aanleiding van art. 249 Sr)
Artikel 249 lid 1 stelt voor een deel hetzelfde gedrag strafbaar als wat in 247 jo. 248 lid 2 strafbaar is gesteld. Dus daar zou ik een beter, helderder onderscheid in maken of het echt gelijk trekken. Maar in ieder geval zorgen dat je niet exact hetzelfde gedrag hebt wat verschillende strafbedreigingen kent.

#123 Indien art. 249 Sr betrekking beoogt te hebben op *minderjarige* stiefkinderen en *minderjarige* pleegkinderen, dan zou overwogen kunnen worden de bestanddelen 'stiefkind' en 'pleegkind' vooraf te laten gaan door het woord 'minderjarig'. (O4)

- De huidige redactie van art. 249 Sr laat onduidelijkheid bestaan over de vraag of de bepaling uitsluitend betrekking heeft op *minderjarige* stiefkinderen en *minderjarige* pleegkinderen. (O4)

Officier 4
In het eerste lid staat 'minderjarig kind'. Bij 'stiefkind' of 'pleegkind' staat niet 'minderjarig'. Toen ik als officier net begon, heb ik mijn hoofd hierover gekraakt. Heeft de wetgever nou bedoeld *minderjarig* stiefkind, *minderjarig* pleegkind, of niet? Waarom wordt dit dan niet herhaald? Of ligt het aan mijn taalkundig inzicht?

#124 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of het mogelijk is meer handvatten te bieden met betrekking tot het bestanddeel 'aan zijn zorg toevertrouwde minderjarige' in art. 249 Sr (en andere delicten). (R3) (zie #74)

Rechter 3 (naar aanleiding van art. 249 Sr)

Hier eigenlijk hetzelfde punt als ik eerder noemde: dat stukje over 'aan zijn zorg of waakzaamheid toevertrouwd'. Dat vind ik een lastig punt.

Rechter 3 (naar aanleiding van art. 244, 245, 247 Sr)
Een ander punt hier, dat komt later ook nog bij andere delictsomschrijvingen, wat ik toch altijd lastig vind is het 'aan zijn zorg toevertrouwd'. Bij 250 is dat dan: wat valt daar nou wel en wat valt daar niet onder? Ook dat is vaak wel een discussie als je het hebt over, ik noem maar wat, een minderjarige die uit logeren gaat. Ben je op dat moment aan de zorg toevertrouwd? Hoever strekt die zorgplicht zich uit? Of als een kind een middagje aan het spelen gaat. Ben je dan al aan de zorg toevertrouwd? Als daar wat meer duidelijkheid over komt, handvatten daarover zou ik wel prettig vinden. Wanneer ben je nou in zo'n speciale verhouding tot een minderjarige dat je je om die reden hier moet onthouden van het plegen van dergelijke handelingen?

Ontucht met misbruik van gezag (algemeen)[43]

#125 Overwogen zou kunnen worden de terminologie van art. 249 Sr aan te passen. Het verdient daarbij de voorkeur gebruik te maken van ruime, algemene begrippen. (O4; A3; R2; A5) (zie #69, #108, #108H, #122, #125H, #144, #144H en #151)

Officier 4
Verder zijn de woorden hier verouderd. Wat is een pupil tegenwoordig? Wat is de bediende? Wat is een opzichter? Een rijksinrichting voor kinderbescherming? Weeshuis bestaat denk ik ook niet meer. Ik zit te denken aan een oplossing waarbij je een begrip kiest waar alles onder valt. De onderwijzer – dan denk je niet aan een middelbare school. Dan zou ik wel denken dat dat bedoeld is, maar dat niemand die discussie zal aangaan. Niemand heeft het nog over 'de onderwijzer' of 'instelling voor weldadigheid'. Ik had onlangs een casus bij de hand waar de vader geen omgangsregeling had. Mijn vrees was dat hij niet had erkend. Uiteindelijk bleek dat daar gewoon een stuk was overgelegd, dus de hele discussie viel weg. Ik heb zelfs nog een wijziging gemaakt. Omdat je eigenlijk niet goed kon zeggen dat als je een keer een uurtje langskomt bij het kind – niet bij jou thuis maar bij jouw ex-ooit-vriendin – maar daar wel seksuele handelingen mee verricht, of dat daar dan onder valt of niet. Tot en met aktes aan toe die moesten worden opgevraagd. Vraag is of je dat wil als wetgever of niet.

Advocaat 3
Ik denk zeker dat er een andere, moderne invulling te geven is aan termen als 'instelling van weldadigheid'. Ik denk sowieso dat daar naar moet worden gekeken. Ook de vraag waarom het ambtenaar zijn hier zo prominent in staat. Ik moet eerlijk zeggen dat ik de wetsgeschiedenis op dat terrein niet ken,

43 Deze paragraaf wordt geheel herhaald in paragraaf 3.4.

maar dat zal wel te maken hebben met de stevigheid van de gezagrelatie van ooit, maar ik weet niet of een ambtenaar nu anders moet worden gesteld dan iemand van een particulier bedrijf, dus leidinggevenden. Ik denk zeker dat naar lid 2 nog even goed moet worden gekeken van 'wat vinden we nou binnen dit artikel strafwaardig gedrag?' Je zou het ook abstracter kunnen omschrijven, zodat het beter uitdrukt wat dat artikel wil beschermen.

Rechter 2
In lid 2 heb je een bestuurder of een arts in een gevangenis of een ziekenhuis. Waarom moet dat zo apart benaderd worden? Lid 3 is dan de gezondheidszorg of de maatschappelijke zorg en lid 2 is meer als je onder bescherming van de staat bent, en een leraar? Je beperkt het. Zou je dat niet algemener kunnen maken, want nu vallen er gewoon categorieën buiten, wat ik al zei, een leraar bijvoorbeeld. Er worden hier een aantal mensen genoemd en dat sluit de anderen uit. Dus dat zou je breder moeten maken.

Advocaat 5
Er wordt natuurlijk specifiek omschreven welke functionarissen het betreft: ambtenaar, bestuurder, arts, onderwijzer. Ik heb daar als gedachte bijgezet: zou het een idee zijn om het niet in die zin te limiteren, maar de beschrijving zo te maken dat iedereen die in een bepaalde gezagsverhouding tot een ander staat en als gevolg daarvan ook seksuele handelingen er doorheen probeert te drukken onder het artikel valt? Of dat wellicht wetgevingstechnisch gezien een idee zou zijn. In plaats van het te limiteren tot deze opsomming. De huidige formulering van de wet kan ervoor zorgen dat mensen die onder een gezagsverhouding vallen buiten het bereik van de wet vallen.

#126 Overwogen zou kunnen worden een pendant van art. 249 Sr te creëren die betrekking heeft op seksueel binnendringen. (R2) (zie #126H)

Rechter 2
Een bijzonderheid is dat er geen seksueel binnendringen pendant is. Want hier is het alleen maar ontucht en dat is natuurlijk van wezenlijk andere orde dan binnendringen. Eigenlijk zou daar wel degelijk onderscheid gemaakt moeten worden tussen die twee categorieën.

#127 Overwogen zou kunnen worden een strafverzwarende grond in art. 249 Sr op te nemen die betrekking heeft op het seksueel binnendringen van het lichaam. (R3) (zie #45, #127H, #147 en #171)

Rechter 3 (naar aanleiding van art. 249 Sr)
En je zou hierbij misschien dan ook – zoals ik eerder zei – het binnendringen als strafverzwarende grond nog kunnen opnemen, want het staat niet apart

genoemd. Het gaat alleen om de ontucht. Je zou hier weer met een basisdelict kunnen werken en dan opplussen.

Rechter 3 (naar aanleiding van art. 244, 245 en 247 Sr)
Het blijven ingewikkelde constructies zoals ze nu uitgesplitst staan. En ik hoor dat van meer collega's. Het is eigenlijk iets waar je elke keer het wetboek er weer bij moet pakken. Hoe zat het nou ook al weer? Omdat het zo uitgesplitst is op deze manier met verschillende leeftijdscategorieën en dan wél of niet binnendringen. Zou het een optie zijn om te zeggen: je maakt ontucht strafbaar onder de zestien en dan seksueel binnendringen als strafverzwarende omstandigheid daarbij, in plaats van aparte wetsartikelen daarvoor? Of bijvoorbeeld als het onder de twaalf is als strafverzwarende omstandigheid, omdat je het eigenlijk als één basisdelict pakt met opplussen als sprake is van binnendringen en als het onder de twaalf is. Dan zou je ook nog kunnen denken aan de omstandigheden die in art. 248 zijn vermeld, als het met geweld is of met meerdere daders. Dat soort dingen. Dat zou je dan denk ik wel in een apart artikel nog kunnen houden zoals het nu is. Maar deze drie zou je denk ik best in één artikel kunnen vatten met een basis en dan opplussen. Dan wordt het wat helderder denk ik. Nu zit je echt te zoeken: wat was het nou precies? Is het nou ontuchtig of is het binnendringen? Hoe oud? Soms is er natuurlijk een langere pleegperiode, waardoor het binnen meerdere delictsomschrijvingen past. Dan krijg je ontzettend ingewikkelde tenlasteleggingen om dat allemaal te vatten.

Ik zie niet in waarom ontucht en het binnendringen in een aparte delictsomschrijving moet. Ik zou me kunnen voorstellen dat binnendringen ernstiger is dan ontucht, maar dan denk ik: daar zou je denk ik ook in de strafmaat prima rekening mee kunnen houden. Nogmaals eigenlijk ontucht als basis, als het mede omvat 'binnendringen', dan zou dat strafverzwarend kunnen zijn denk ik. Het is nodeloos gecompliceerd. Volgens mij kan je in strafmaat en in motivering daarvan zodanig differentiëren dat je daarin tot uitdrukking kan brengen hoe je de ernst van het feit inschat en of dat inderdaad een gedwongen tongzoen is of dat het veel meer is geweest. Het lijkt een beetje een ouderwets calvinistische norm van: 'oe, als er maar wel d'r maagdelijkheid bewaard wordt'. Zo iets. Tenminste dat idee heb ik erbij met het oog op dat binnendringen. In de huidige tijd is dat een veel gradueler fenomeen, zeker als je kijkt naar de jeugd waar vaak eerder gepijpt wordt dan dat er wordt getongzoend, dus dat is een heel andere ontwikkeling ook bij kinderen in de seksuele gang van zaken. Dit heeft een soort ouderwetse strenge mannen norm of zo.

#128 Overwogen zou kunnen worden art. 251 Sr jo. art. 28 Sr beter toe te spitsen op de zedentitel, in zoverre dat het tot de mogelijkheden gaat behoren iemand uit een kerkelijke functie te ontzetten indien hij zich heeft schuldig gemaakt aan een zedendelict terwijl dit niet in zijn functie is begaan. (O4) (zie #128H)

Officier 4
Een ander punt heeft betrekking op art. 28 en 251 Sr. Het gaat dan om de mogelijkheden om bijkomende straffen op te leggen. Bij wijze van voorbeeld ten aanzien van een pastoor van de Rooms Katholieke kerk die op zijn privé-computer thuis in zijn privétijd 's nachts kinderporno kijkt, kan nu geen ontzetting uit het ambt of beroep worden gevorderd. Een pastoor bekleedt geen ambt als bedoeld in art. 251 lid 1 Sr; hij kan niet worden gezien als een ambtenaar, want godsdienstuitoefening is geen staatstaak, zodat ontzetting uit het ambt niet aan de orde is. Ingevolge art. 251 lid 2 Sr is ontzetting uit het beroep niet mogelijk, als het delict niet is begaan *in* het beroep. Het lijkt mij dat die artikelen nu te zeer beperkend zijn en meer zouden moeten worden toegesneden op de zedentitel.

3.2.9 Vertonen van schadelijke afbeeldingen aan zestienminners (art. 240a Sr)

> Artikel 240a Sr
> Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft hij die een afbeelding, een voorwerp of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar, verstrekt, aanbiedt of vertoont aan een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar.

#129 Indien sekschats niet strafbaar worden gesteld, dan zou overwogen kunnen worden de strafbedreiging van art. 240a Sr te verhogen. (O3) (zie #105 en #105H)

Officier 3
We gebruiken art. 240a Sr nu eigenlijk steeds vaker. Als deel van dat chatgedrag sturen de heren ook wel vaak foto's van zichzelf en dan hebben we dus een strafbaar feit waar we weer het hele verhaal aan vast kunnen knopen. Het is dan wel weer een hele magere strafbedreiging voor die situaties – het is één jaar – dus je kan er eigenlijk niets mee. Je kunt hem niet aanhouden of zo. Je kan ook niet zijn computer in beslag nemen; dat wil je wel. De strafbedreiging is aan de lage kant, want je kunt hier de context niet meenemen. Die chatcontext is wel heel heftig. Dat wordt wel vaak in 245 opgevoerd: die hele context van het een jaar chatten wordt meegewogen in de strafmaat. Hier kan dat niet, omdat er maar één jaar op staat. Je wilt natuurlijk eigenlijk niet dat het meeweegt in de strafmaat omdat het eigenlijk iets heel anders is dan waar het feit eigenlijk op ziet. Liever wil je het apart strafbaar stellen. Doe je dat niet, dan moet je je realiseren dat dit het enige is wat we hebben in dit soort situaties. Als je zegt 'we vinden het toch prima dat het hele chat inpalmgebeuren een strafverzwarende omstandigheid blijft die we verder niet hoeven te benoemen in de wet', dan kan je je afvragen of je hier tot een jaar wil gaan. De Nationaal Rapporteur Mensenhandel vindt het belangrijk dat in alle zedenza-

ken de computers in beslag worden genomen. Dat willen wij best doen, maar daar hebben wij geen grond voor door dit soort dingen. Het hangt dus ontzettend met elkaar samen; je kunt niet zo gemakkelijk scheiden tussen strafrecht en strafprocesrecht.

#130 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrens van art. 240a Sr naar achttien jaar te verhogen. (O4)

- Vanuit wetssystematisch oogpunt valt niet goed te begrijpen waarom de leeftijdsgrens op zestien jaar is gesteld. (O4)

Officier 4
Het is de vraag waarom hier zestien jaar staat en niet achttien jaar. Over alle mogelijke Europese verplichtingen hebben wij geleerd dat het achttien jaar moet zijn. Waarom hier dan niet? Ik kan mij voorstellen dat de wetgever zal overwegen deze leeftijd naar achttien te verhogen. En zo nee, dan moet hier in ieder geval over na zijn gedacht. Dan moet het bewust zijn. En ik vraag me af of het bewust zestien jaar is gebleven. Ik kon niet bedenken waarom het zestien jaar is. Als je dan kijkt naar de opzet, gelijkheid en systematiek, dan valt deze hier goed binnen.

#102H Overwogen zou kunnen worden één artikel te creëren waaronder alle strafwaardige *hands off* gedragingen vallen. Daaronder zouden in elk geval de gedragingen die nu worden gebracht onder de artikelen 240a Sr, 248d Sr en 239 Sr kunnen worden gebracht. (O5) (zie #102)

#103H Overwogen zou kunnen worden opnieuw te doordenken tegen welke beelden en tot welke leeftijd jongeren beschermd dienen te worden. (O5) (zie #103)

Officier 5 (naar aanleiding van art. 240a Sr)
Ik denk dat dit losstaat van de gewone zedendelicten waar echt een kind lichamelijk misbruikt wordt. Er moet over nagedacht worden waar we wie nou tegen willen beschermen? Afbeeldingen? *Live* seks? Seksshows? Webcamdingen? Dingen op internet? Maak daar één artikel van. Ze hebben met dit artikel natuurlijk gedacht aan met name pornografische afbeeldingen. Daar kan je je tegenwoordig – met wat er allemaal op tv is – van afvragen wat er zo expliciet nog schadelijk is voor jeugdigen. Want volgens mij moet je dan de helft van de omroepen gaan aanpakken op grond hiervan. Als ik zie wat er na negen uur wordt uitgezonden. Internet is natuurlijk helemaal verschrikkelijk; dat is van niemand. Misschien moeten we ook eens nadenken wat wij dan schadelijk vinden. En zijn al die geweldsbeelden die ze over zich heen gestort krijgen niet eventjes wat erger dan de porno die ze in die videoclips zien? Je moet je afvragen welke mensen je wilt beschermen en tot welke leeftijd. Neem nu de gemiddelde veertien- of vijftienjarige die de hele dag op internet zit. Nou, die

zitten echt porno op te zoeken met zijn allen. Ze zijn er heel erg actief op. Moet je daar nog een artikel voor in de lucht houden dat je ze voor algemene schadelijke beelden moet behoeden? Loop over het Damrak met je kind en kijk wat daar allemaal in de etalages van seksshops ligt. Ik weet niet of dat niet schokkender is dan dit soort dingen. Ik zeg niet dat het weg moet, want ik denk zeker wel dat er dingen zijn waar je kinderen bij weg moet houden, maar je moet wel even goed nadenken over hoe de wereld er nu uitziet. En dat kinderen heel veel beelden en dingen al meekrijgen zonder dat iemand daar bewust iets mee doet en daar voor aangepakt moet worden.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 239 Sr)
Schennis moet volgens mij samengevoegd worden met alles wat te maken heeft met het onverhoeds tonen van wat dan ook. Dus ook met die artikelen met *live* seks voor onder achttienjarigen, schadelijke afbeeldingen voor onder zestienjarigen, webcambeelden en *streaming* beelden. Alles op afstand, zal ik maar zeggen. Volgens mij moet dat gewoon zo'n *hands off* artikel worden. Ik vind gewoon dat al die *hands off* dingen als het gaat om het tonen van schadelijke dingen, schadelijke afbeeldingen, schadelijke situaties, dat moet gewoon allemaal bij elkaar. En pornografie valt daar eigenlijk ook onder. Het toezenden van porno is ook zo'n delict.

#93H Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr in één bepaling onder te brengen met de artikelen 248c en 248d Sr. (R2) (zie #93)

#95H Overwogen zou kunnen worden een aantal delicten in de zedentitel alleen vervolgbaar op klacht te laten zijn. (R2) (zie #95)

Rechter 2 (naar aanleiding van art. 248d Sr)
Ik vraag me wel af overigens of die 248c en d – 248b vind ik iets anders – apart bestaansrecht hebben. En of je dat niet onder een ander artikel zou kunnen brengen of het artikel zo redigeren dat het daaronder valt, als het daar al niet onder valt. Ik vind het een beetje overbodige wetgeving. Men zou moeten overwegen of deze bepalingen niet geschrapt zouden kunnen worden of bij andere bepalingen ondergebracht kunnen worden.

Rechter 2 (naar aanleiding van art. 240a Sr)
Ik zou dit niet als apart artikel willen hebben. Je zou het dan kunnen voegen bij die artikelen die ik al weg wilde hebben, dat is die 248c (jonger dan achttien met de seksshows) en 248d (getuige van seks). Dit is dan weer vertonen van schadelijke afbeeldingen, dat zou ik bij elkaar voegen. Waarbij ik wel opmerk, want dat vind ik een groot probleem, en het maakt niet zo veel uit of je de leeftijd op zestien of achttien zet, dat het niet strafbaar zou moeten zijn als bijvoorbeeld een jongen van zeventien en een meisje van zeventien geslachtsgemeenschap hebben, want dat is helemaal niet gek in Nederland. Het

kan niet zo zijn dat de ene ouder dan gaat zeggen 'ja jongen jij met mijn dochter…', terwijl die dochter dat prima vindt. Als een jongen van zeventien zelf actief op internet op zoek gaat naar vieze filmpjes, moet dan degene die filmpjes aanbiedt bestraft worden? Ik denk dat met name de strafbaarstelling zou moeten zitten in het boosaardige opzet van de derde, zo van 'ik zorg dat allerlei pornografische afbeeldingen terechtkomen bij mensen die eindexamen doen dit jaar'. Het kan niet allemaal strafbaar zijn en hoe je dat oplost weet ik niet, maar er zou ten aanzien van al die artikelen, ontucht of wat dan ook, enige bepaling over moeten komen. Misschien zou je ten aanzien van een aantal artikelen alleen op klacht moeten vervolgen. Je houdt je uitwas altijd natuurlijk van ouders die het er misschien niet mee eens zijn en de dochter onder dwang zetten om een klacht te doen.

#131 Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr zo op te stellen dat het uitsluitend betrekking heeft op afbeeldingen met een seksueel karakter. (A2; R2) (zie #195)

- Schadelijke afbeeldingen die geen seksuele strekking hebben zouden niet in de zedentitel strafbaar gesteld dienen te worden. (A2)

- Het bestanddeel 'waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar' geeft onvoldoende handvatten. (R2; R3)

Advocaat 2
Je kan hier beter zeggen 'pornografische handelingen' of 'seksuele gedragingen'. Je kan het gewoon benoemen: 'ik wil niet dat kinderen beneden de zestien worden geconfronteerd met afbeeldingen van seksuele gedragingen'. Misschien uitgezonderd, seksuele voorlichting. De andere feiten waar art. 240a op ziet, hebben we al een apart artikel voor, de benadeling van de gezondheid; dat is geen zedenartikel maar is gewoon een algemeen artikel.[44] Dan denk ik: zou je het dan niet daar onder moeten vatten, als je het algemeen wil doen? In het huidige spraakgebruik wordt onder zeden toch echt seks verstaan. Als je andersoortige dingen strafbaar wil stellen, dan moeten ze dat maar apart doen. Als je bijvoorbeeld afbeeldingen van terroristen die mensen onthoofden neemt, dat kan best schadelijk zijn als je dat aan tienjarige kinderen laat zien, maar dat kan je dan wat mij betreft vervolgen voor benadeling van de gezondheid. Art. 240a Sr moet beperkt blijven tot seksuele gedragingen.

Rechter 2
Het bestanddeel 'schadelijk te achten voor een persoon beneden de leeftijd van zestien' daar kan je helemaal niks mee. Hoe zou je nou kunnen bepalen dat de vertoning schadelijk is voor iemand beneden de vijftien, maar niet

[44] Zie art. 300 lid 4 Sr.

voor iemand beneden de zestien? Dat is zo'n willekeur. Ik zou slecht weten hoe ik dat moet bewijzen, tenzij het overduidelijk is. En wat is schadelijk voor iemand beneden de zestien? Misschien moet je aansluiting zoeken bij andere afbeeldingen waarvan je zaken strafbaar stelt, dus bijvoorbeeld seksuele gedragingen zoals 240b of seksueel getinte gedragingen, maar maak dat wat concreter. Ik vind het net als met 'kennelijk jonger dan achttien' op een foto; dat kan ik echt niet zeggen. Hoe kan ik nu weten wat schadelijk is te achten? In zijn algemeenheid weet ik dat natuurlijk wel, maar 'beneden de leeftijd van zestien' vind ik te weinig concreet. Dat moet meer ingevuld worden.

Rechter 3
Het 'schadelijk is te achten', ik heb er geen praktijkervaring mee, maar ik stel me voor dat dat in ieder geval een punt is dat regelmatig tot discussie zou kunnen leiden van: wat is nou schadelijk? En is dat objectief of afhankelijk van de persoon aan wie het dan wordt aangeboden? Moet die het als schadelijk hebben ervaren? Of is het dat wij met z'n allen vinden dat dat in zijn algemeenheid schadelijk is?

#132 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of art. 240a Sr wel in de zedentitel opgenomen dient te zijn. (A5) (zie #195)

- Art. 240a Sr heeft veeleer betrekking op de openbare orde. (A5)

Advocaat 5
De enige vraag die ik mezelf gesteld heb, is of 240a hier hoort. Of het op deze plek hoort te staan, omdat het volgens mij niet alleen zou hoeven gaan om seksueel getinte afbeeldingen. Het is de vraag of het thuishoort in de zedentitel. Je zou misschien ook kunnen zeggen dat het veel meer van openbare orde is.

#133 Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr op een andere plek in de zedentitel te plaatsen. Het zou daarbij aanbeveling verdienen de bepaling meer aan het eind van de titel te plaatsen. (A3) (zie #100 en #188)

- Art. 240a Sr kan beter aan het eind van de zedentitel geplaatst worden, aangezien het een minder ernstige schending betreft. (A3)

Advocaat 3
Ik zou eens na willen denken over de plaatsing binnen de titel. Als je echt een onderverdeling maakt tussen met geweld of binnendringen en dat soort varianten en dit artikel waar het gaat om het blootstellen aan. Dit heeft toch meer te maken met het beschermen van de tere kinderziel, in plaats van dat we kinderen niet aangeraakt willen hebben. Het zou meer naar achteren in de titel geplaatst moeten worden.

3.2.10 Slotvragen bij seksuele delicten tegen jeugdigen

#134 Overwogen zou kunnen worden het ongewenst toevoegen van oneerbare voorstellen strafbaar te stellen. (Notitie OM 2014; O3) (zie #105 en #105H)

- Het ongewenst toevoegen van oneerbare voorstellen is niet strafbaar dan wel kan alleen op geforceerde wijze onder een strafbepaling worden gebracht. (Notitie OM 2014; O3)

Notitie OM 2014 (document)
'Het komt in de praktijk veelvuldig voor dat mensen andere mensen ongewenste oneerbare voorstellen doen: "Zullen we samen lekker neuken, toe nou?" of "Mag ik je borsten zien?" of "Mag ik je piemel aanraken?" of "Wil je me aftrekken?" Dergelijke uitspraken en voorstellen worden gedaan tegenover volwassenen, maar in een groter deel van de gevallen tegenover minderjarigen, tijdens mail- of chatgesprekken via internet.

Het kan zeer van de context van het geval afhangen of deze opmerkingen als voldoende zorgelijk kunnen worden aangemerkt, om ze strafbaar te willen stellen. Maar feit is dat de opmerkingen zonder meer niet als strafbaar zijn aan te merken. Ze vallen niet onder schennis, en niet onder belediging.

Er zijn gevallen waarin mannen in speeltuinen dit soort opmerkingen aan kinderen toevoegen. In sommige gevallen kán zo'n opmerking als poging 247 Sr worden aangemerkt. In een tenlastelegging moet dan de constructie worden gekozen dat het enkel afhangt van het niet-handelen van het kind, dat het niet daadwerkelijk gekomen is tot ontuchtige handelingen. Maar soms is dat wel een erg grote oprekking van het pogingsbegrip. Waar de opmerking geplaatst wordt via het internet, is deze oplossing moeilijker denkbaar.

Ook ten opzichte van volwassenen kunnen er situaties zijn waarin het wenselijk zou kunnen worden geacht dat opmerkingen als deze strafbaar zijn. Wat te denken van een man die op de openbare weg in de nacht aan willekeurige voorbij fietsende vrouwen dit soort termen toevoegt?

Voorstel: overweeg om – al dan niet alleen ter zake van minderjarigen – het ongewenst toevoegen van oneerbare voorstellen strafbaar te stellen. Deze strafbaarstelling ten opzichte van kinderen via een geautomatiseerd werk of communicatiedienst kan ook worden opgenomen in het artikel voorgesteld onder paragraaf "groomingshandelingen en sekschats (248e en 248a Sr)".'

Officier 3
Je zou kunnen overwegen om het aanspreken strafbaar te stellen, maar ik weet niet of ik zelf daar zo'n voorstander van ben. We kwamen erachter dat als een volwassen persoon kinderen aanspreekt op straat met 'hé, zullen we even de bosjes in?', dat dat niet strafbaar is. Tenminste, we doen het wel hoor en als iemand ook nog het fietsstuur vastpakt dan hebben we een poging 247

wel bewezen gekregen. Ik doe het wel en het is ook met een goede reden, want het zijn vaak hele zorgelijke types die dat doen. Het zijn vaak verstandelijk minder begaafde jongens van een jaar of zeventien of zo. Die krijgen hormonen, maar die weten bij God niet wat ze er mee moeten, want die hebben een IQ van 50-55. Die wil je ook niet in het strafrecht, maar het zit soms in het strafrecht omdat je ze nergens anders kan indammen. Belediging is wel strafbaar, maar dit is niet strafbaar. Je zou het kunnen overwegen.

#135 Overwogen zou kunnen worden een apart delict te creëren voor de verkrachting van kinderen. (NRM) (zie #44, #135H en #160)

- Het is van groot belang adequaat te registreren in hoeverre bepaalde delicten plaatsvinden ten opzichte van jeugdigen. Adequate en efficiente registratie kan het best plaatsvinden als direct uit de bewezenverklaring van een strafbaar feit kan worden afgelezen of dat het geval is. Dat pleit ervoor een apart delict te creëren voor de verkrachting van kinderen. (NRM)

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Als ik kijk naar de OM-data, dan kan ik daaruit niet halen of het gaat om een minder- of meerderjarig slachtoffer. Ik vind dat de delicten zo beschreven moeten zijn dat bij de registratie daarvan het voor een onderzoeker – en dus voor mij als rapporteur hierover – gemakkelijk uit de cijfers gehaald moet kunnen worden. In deze tijd – ook als het gaat om wetssystematiek – hoort het onderdeel registratie daarbij ook een rol te spelen. Je wil weten wat er gebeurt en ik wil dat weten. En ik denk dat dat een deel zou moeten zijn van het wetgevingsproces. Als je een proces-verbaal instuurt, komt het op de administratie aan en daar staat een wetsartikel dat wordt ingevuld en dan wordt er echt niet gelezen hoe oud het slachtoffer is. Dat op zich is niet direct zichtbaar, maar als 242 verkrachting van een meerderjarige is en 243 verkrachting van een minderjarige zou zijn, dan is dat iets wat zichtbaar is. We zijn natuurlijk toch wel een aantal jaren verder dan dat die zedentitel begon en het is gewoon belangrijk om te weten: hoe vaak gebeurt dat nou? Wat voor een straffen worden daar opgelegd? Ik wil kunnen zien: maakt het nou uit voor de rechter of het slachtoffer minderjarig of meerderjarig is bij verkrachting? Zijn daar hogere straffen? Dat kan ik nu alleen zien als ik jurisprudentieonderzoek doe – dat is heel tijdrovend – terwijl een andere vorm van registratie het voor mij mogelijk zou maken om dat sneller te zien. En dan kan ik altijd nog kijken van: ‘hè, dit is toch gek, daar wil ik verder onderzoek naar laten doen’. Ik vind het niet erg om leeftijd en bewusteloosheid in één artikel te hebben. Ik bedoel, dan heb je het over de zwakkeren in de samenleving dus dat zou nog wel kunnen, ook als je kijkt naar de EU-wetgeving of richtlijnen. Dan zie je ook wel dat een kwetsbaar persoon vaak ook als een strafverzwaring wordt gezien. Net zoals leeftijd, dus zo wordt dat een beetje gelijkgetrokken, dat begrijp ik ook wel. Maar als ik bijvoorbeeld kijk naar 273f, dan kan ik

uit het onderdeel dat bewezen is verklaard halen of het een minderjarig slachtoffer is. Ik vind dat belangrijk en ik denk ook dat het belangrijk is om dat inzicht goed te hebben.

3.3 Seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen (art. 243 en 247 Sr)

> Artikel 243 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

> Artikel 247 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden (...), wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

#36H Overwogen zou kunnen worden de jeugdige leeftijd en de lichamelijke en geestelijke onmacht niet onder één noemer te behandelen, zoals nu het geval is bij art. 247 Sr. (O2; A3; A5; R2) (zie #36)

- Het is niet wenselijk een volstrekt verschillende thematiek onder een en dezelfde delictsomschrijving te brengen. (O2; A3; A5; R2)

Officier 2
Dat de jeugdige leeftijd in art. 247 wordt gecombineerd met vormen van fysieke en geestelijke onmacht is natuurlijk erg vreemd. Het is systematisch lastig en maakt het artikel ook zo moeilijk toegankelijk. Het zou mijn voorkeur hebben die jeugdige leeftijd eruit te halen en ergens anders te plaatsen. En als in een concreet geval sprake is van overlapping – het slachtoffer was bijvoorbeeld vijftien én stevig onder invloed van alcohol – dan kan ik altijd nog kiezen wel of geen tweeledig verwijt op te nemen en kan ik de bepalingen in elk geval op een logische manier vinden. De samenhang in vormen van onmacht is overigens wel goed, wat mij betreft. In die zin zouden art. 243 en art. 247 een mooie kopie van art. 242 en art. 246 moeten zijn. Dus als dat maar gewoon mooi parallel loopt, dan hoeven we geen rare sprongen in ons hoofd te maken.

Officier 3
Ik vind het zelf heel vreemd dat die twee dingen in hetzelfde artikel staan. Het zijn echt twee totaal verschillende dingen. Het is heel raar dat 247 gaat over de lichamelijke onmacht en over de geestelijke onmacht en over kinderen. Art. 247 is daarmee heel raar, een verzamelbak. Het is verder wel oké, iedereen die er mee werkt komt er wel uit denk ik, maar het is gek. Het is niet zo mooi.

Advocaat 3
Art. 247 zou echt anders moeten worden geredigeerd. Ik vind het een gedrocht, de samenstelling ervan. Dat kan beter en dat kan helderder. De combinatie van én leeftijd én de andere strafbare omstandigheden voelt niet prettig aan in dit artikel.

Advocaat 5
Als je art. 247 leest, dan is het een samenstel van twee op zichzelf verschillende thema's die verpakt zijn in één omschrijving. Dan zou mijn vraag zijn: zou het misschien handig zijn om dat te splitsen, om het meer thematisch bij elkaar te zetten? Het staat er wel en de praktijk zal ook hier wel mee uit de voeten kunnen denk ik. Maar het komt op mij een beetje wonderlijk over, omdat het een samenraapsel lijkt te zijn van twee onderdelen die thematisch misschien niet helemaal bij elkaar passen. Je zou het ook kunnen rubriceren per onderwerp. Misschien dat dat de logische opbouw ten goede kan komen.

Rechter 2
Art. 247 vind ik een beetje een gedrocht, omdat daar gewoon een aantal zaken door elkaar tezamen worden behandeld en de vraag is of het niet de voorkeur zou verdienen om dat uit elkaar te halen.

#136 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of het in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criterium met betrekking tot de beperkte geestvermogens op een wijze geformuleerd kan worden die minder snel noopt tot het doen van indringende onderzoeken met betrekking tot de geestesgesteldheid van het slachtoffer. (O2; O4)

#137 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of het in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criterium met betrekking tot de beperkte geestvermogens op zodanige wijze geformuleerd kan worden dat kwetsbare personen een betere bescherming genieten. (R3) (zie #139)

- Het criterium noopt in de praktijk tot indringende onderzoeken met betrekking tot de geestesgesteldheid van het slachtoffer. Het zou de

voorkeur verdienen als dergelijke onderzoeken achterwege gelaten zouden kunnen worden. (Notitie OM 2014; O2; O4)

- Het huidige criterium met betrekking tot de beperkte geestvermogens is bijzonder lastig te bewijzen. (Notitie OM 2014; O4; O5; R3)

#138 Overwogen zou kunnen worden de in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criteria met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke onmachtigheid algemener en ruimer op te stellen. Dat zou gestalte kunnen krijgen door een algemeen delict te creëren waarin het misbruik maken van een kwetsbare positie centraal wordt gesteld. Dit delict zou betrekking kunnen hebben op lichamelijke en geestelijke onmachtigheid, jeugdige leeftijd en afhankelijkheidsrelaties. (O5) (zie #138H en #139)

- De huidige criteria met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke onmachtigheid zijn bijzonder lastig te bewijzen. (O5)

#139 Contra. Het in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criterium met betrekking tot de beperkte geestvermogens is adequaat geformuleerd. (A1) (zie #137 en #138)

- Het Openbaar Ministerie wil te veel personen onder de werking van deze artikelen scharen. (A1)

#140 Overwogen zou kunnen worden de in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen zinsnede 'daartegen weerstand te bieden' te laten vervallen. (R2)

- Het criterium bergt het gevaar in zich dat seksuele gedragingen die plaatsvinden tussen geestelijk gehandicapten te gemakkelijk onder het bereik van het strafrecht worden gebracht. (R2)

#141 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'verminderd bewustzijn' te vervangen door een bestanddeel dat een minder ruime strekking heeft. (A3)

- Het bestanddeel 'verminderd bewustzijn' is dermate ruim dat het bereik van de strafbepaling onaanvaardbaar groot wordt. (A3)

#142 Overwogen zou kunnen worden het in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen bestanddeel 'gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens' helderder te formuleren. (A3) (zie #143)

- Een heldere bepaling maakt het gemakkelijker voor burgers te bepalen welke gedragingen onder de strafwet vallen. (A3)

#143 Contra. De in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criteria met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke onmachtigheid zijn duidelijk en functioneren goed in de praktijk. (R1) (zie #142)

Notitie OM 2014 (document)
'*243 Sr en 247 Sr ter zake van beperkte geestvermogens*
Bij dit artikel hebben wij geen wijzigingsvoorstel. Wel een opmerking waar het gaat om de beperktheid van de bescherming die dit artikel in de praktijk biedt, althans voor zover het ziet op degenen die ten gevolge van gebrekkige ontwikkeling of een ziekelijke stoornis van de geestvermogens niet of onvolkomen hun wil kunnen bepalen, kenbaar maken of weerstand kunnen bieden. Technisch gezien moet bij dit artikel in die gevallen een aantal dingen bewezen kunnen worden:

- dat degene bij wie seksueel binnengedrongen is een ziekelijke stoornis van de geestvermogens heeft of een gebrekkige ontwikkeling

a) dat die stoornis of die gebrekkige ontwikkeling het gevolg heeft dat deze persoon (causaal verband moet dus bewezen worden):
   - niet of onvolkomen zijn wil kan bepalen ten aanzien van het ondergaan van seksuele handelingen/seksueel binnendringen, of
   - niet of onvolkomen zijn wil kenbaar te maken rondom die seksuele handelingen/seksueel binnendringen, of
   - niet of onvolkomen weerstand kan bieden aan die seksuele handelingen/seksueel binnendringen

b) dat degene die de seksuele handelingen/het seksueel binnendringen pleegt, wetenschap heeft ten aanzien van die toestand.

Het bewijs rondom deze punten is in veel gevallen lastig te verkrijgen. Zo moet voor een echt goede inschatting van de toestand van de geestvermogens van degene wie het is overkomen, soms uitgebreid – en vaak belastend – psychisch onderzoek worden verricht. De te bewijzen omstandigheden kunnen namelijk in veel gevallen niet zonder meer worden afgeleid uit reeds over een persoon beschikbare rapportage van de hulpverlening, omdat er vaak niet specifiek op deze punten wordt ingegaan. In sommige gevallen biedt het horen van betrokken hulpverleners soelaas, maar ook dat in lang niet alle gevallen. Deze hulpverleners moeten namelijk specifiek deskundig zijn op de punten die bewezen moeten worden. Zijn ze dat niet, dan is voor de rechtbank op basis van hun verklaring niet zonder meer vast te stellen of de te bewijzen toestand zich voordoet.

De wetsgeschiedenis rondom deze twee bepalingen laat zien dat de wetgever enerzijds hen die bescherming behoeven wil beschermen en anderzijds niet wil veroorzaken dat elke seks met iemand met beperkte geestvermogens per definitie strafbaar is. De wijze waarin dat beoogde evenwicht in de wet is gekomen, maakt dat er nauwelijks bewijsbare zaken zijn in gevallen met beperkte geestvermogens.

Daarnaast speelt in het overgrote deel van de gevallen waar aangifte gedaan wordt van artikel 243 Sr ter zake van iemand met beperkte geestvermogens, dat de verdachte eveneens iemand is bij wie deze beperkte geestvermogens aan de orde zijn. Niet zelden zijn beide betrokken personen technisch-juridisch gezien daarmee verdachte. Het is dan maar net de vraag ter zake van welke persoon aangifte gedaan wordt en welke persoon door bijvoorbeeld de instelling die aangifte doet, als verdachte wordt gezien. Of vervolging in die gevallen opportuun is, is maar de vraag. Het is op basis van de huidige wetgeving aan het Openbaar Ministerie overgelaten om hierover een beoordeling te maken. Net als over vervolging van verdachten die seksuele handelingen plegen met mensen met beperkte geestvermogens, die aan alle strafbaar gestelde criteria voldoen, maar die wel ingestemd hebben met het hebben van de seks.

Ten slotte is relevant dat de effecten van vervolging van een verdachte die ook beperkte geestvermogens kent – zij het in sommige gevallen bijvoorbeeld minder vergaand dan het slachtoffer – veelal zeer gering zijn. Rond de meeste van deze verdachten blijkt na onderzoek van de psyche en rapportage van de reclassering dat zij gebaat zijn bij juiste hulpverlening. Een conclusie die ook getrokken had kunnen worden zonder de inzet van het strafrecht.

Zie voor een veel uitgebreidere en gedetailleerde uiteenzetting over de problematiek rondom deze artikelen het artikel van M.M.M. Kooij, "Bewijstechnische hobbels in zedenwetgeving, artikelen 243 en 247 Sr onder de loep", DD 2012, 72.'

Officier 2
De wilsbepaling is in art. 243 en art. 247 gewoon een lastig punt. Met betrekking tot bewusteloosheid, verminderd bewustzijn en lichamelijke onmacht zijn goede dingen gebeurd in de jurisprudentie. Maar bij de gebrekkige ontwikkeling en ziekelijke stoornis zijn de criteria nog behoorlijk vaag. Daar komt bij dat de terminologie en de wetsgeschiedenis het zo aan de toerekeningsvatbaarheid verbinden, dat dit eigenlijk een toerekeningsvatbaarheidstest van het slachtoffer is geworden, waarvoor ogenschijnlijk elke keer rapportage nodig lijkt te zijn. Deze strikte kaders zie je in de rechterlijke beoordeling terug. Het leveren van bewijs is voor ons en voor de slachtoffers dus geen eenvoudige opgave. Soms kun je het institutionele kader gebruiken; dan kan het via de band van art. 249 en dan is het q.q. gegeven. Maar in andere gevallen krijg je discussies en dan is het ook nog weer een verdedigingsbelang om te zeggen dat daar meer onderzoek naar gedaan moet worden, terwijl je dat gewoon eigenlijk niet wil. Er zijn heel pijnlijke gevallen denkbaar waarbij je dus ook nog over de ziekte van het slachtoffer een hele discussie moet voeren op zitting. Er zou over nagedacht kunnen worden of andere termen dit probleem niet met zich meebrengen. Dat is moeilijk, maar misschien kan het. Op dit moment is het in ieder geval vaak erg gênant in concrete situaties: de pers zit erbij en ik moet dan gaan aantonen dat het slachtoffer wel ziek genoeg is. Ik vind dat soms een beetje te ver gaan. Ik weet niet of je het kunt voorkomen, maar er zou in ieder geval de nodige aandacht aan moe-

ten worden besteed. En als je dan tot de conclusie komt 'wij vinden dit de meest verantwoorde oplossing', dan hoort het erbij en moeten we dat ook aan de slachtoffers en hun omgeving uitleggen.

Officier 4
Artikel 243 Sr is uitvoerig in de OM-notitie aan de orde gekomen. Daar heb ik niet zo heel veel aanvullingen op. Bewijstechnisch is hij behoorlijk lastig, met name bij de geestvermogens. Enerzijds: hoe bewijs ik de toestand van mijn slachtoffer? Tweede feit is dan dat ik bovendien moet bewijzen dat verdachte dat weet. Nu roept dat heel vaak problemen op, in die zin dat dat heel vaak gewoon niet lukt. Ik weet niet goed hoe het criterium met betrekking tot de gebrekkige geestvermogens geformuleerd zou moeten worden. Het moet, maar hoe? Ik zou bijna een gedragsdeskundige vragen of zij daar suggesties voor hebben. Punt is dat je daarmee binnenhaalt dat degene die het overkomt eigenlijk onontkoombaar nader moet worden onderzocht. En dat is belastend voor het slachtoffer. En bovendien haal je het vaak niet – ondanks een onderzoek met veel impact, omdat je daarmee vervolgens nog niet hebt bewezen dat verdachte het wist. Er is een vrijspraak waarin werd gezegd 'een beetje achterlijk is niet voldoende'.[45] Hiernaar werd ook verwezen in het artikel van Mandy Kooij. Er zijn een aantal situaties waarin de toestand zoals die wordt verlangd niet bewezen kan worden. De Hoge Raad heeft met het criterium van 'een beetje achterlijk' bereikt dat in een aantal gevallen ook niet vervolgd wordt, omdat je in het voorstadium al niet kunt bewijzen. Het criterium is eigenlijk te streng. De wetgever zou in ieder geval moeten overwegen om een minder beperkend criterium hiervoor in te voeren.

Rechter 3
Waar ik in de praktijk tegen aanloop is het in staat zijn zijn wil te bepalen. Hoe moet de wetgever dat oplossen? Lastig, dat weet ik niet, maar het geeft in ieder geval een hoop discussie. Ben je nou wel of niet in staat om je wil te bepalen? Moet je daarvoor een bepaalde IQ-score hebben gehaald? Of moet er een DSM-kwalificatie zijn? Moet dat tijdelijk of blijvend zijn? Ik herinner me een casus van een erg zwakbegaafde vrouw die een soort sociale werkplaatswerk deed en daar door haar baas regelmatig in zijn kamertje werd geroepen om daar met hem seks te hebben en dat zij het idee had dat dat een dienstopdracht was, net zoals ze gewone dienstopdrachten moest doen zoals de plantjes water geven en om acht uur verschijnen en om vier uur weer naar huis. Als de baas wat vraagt, dan doe je dat. Nou, dat werd onder dit artikel ten laste gelegd. Uiteindelijk is het tot een vrijspraak gekomen, omdat zij in het verhoor verklaarde dat ze toen hij haar gevraagd had om hem te pijpen had gezegd: 'nee, dat wil ik niet'. Daarmee was ze dus in staat om haar wil te bepalen en weerstand te bieden en ging dat hele verhaal dus niet meer op van 'als mijn baas iets vraagt, dan moet ik dat doen'. Mijn idee is dan dat dat zo niet moet kunnen; dat zou strafbaar moeten zijn. Maar omdat ze dan op een

45 Het gaat om HR 10 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0751.

onderdeeltje gezegd heeft 'dat wil ik niet', vervalt het hele stuk van het niet in staat zijn de wil te bepalen. Het zou prettig zijn als de wetgever kijkt of een andere formulering daarvoor mogelijk is, want ook die groep verdient wel bijzondere bescherming. Daar wordt te vaak te makkelijk misbruik van gemaakt.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 243 en 247 Sr)
In de zaken die ik ken of die ik gehad heb was het eigenlijk altijd een probleem dat als je iemand met geestelijke beperkingen hebt je die dan eigenlijk niet kon of wilde vervolgen. Negen van de tien keer zijn het situaties van geestelijk gehandicapten die of begeleid wonen of in een instelling zitten en die onderling iets doen of een relatie aangaan met een begeleider. En je moet dan die eindeloze discussie in van 'in hoeverre kon deze persoon zijn wil bepalen?' Dat iemand geestelijk beperkt is heeft iedereen wel door, maar het feit dat je geestelijk beperkt bent wil nog niet zeggen dat jij geen seks wil hebben. Dat willen die mensen echt wel, maar je moet je helemaal in die situatie gaan afvragen in hoeverre zo'n iemand seksueel in staat is om zijn wil te bepalen. In hoeverre is iemand beperkt? In hoeverre wist de overkant dat wel? Mijn ervaring is dat je daar eigenlijk nooit kan vervolgen. Negen van de tien keer wil je daar ook helemaal niet vervolgen, want je wil dat op een andere manier oplossen; je wil dat intern oplossen.

Het zou wel onder het strafrecht moeten vallen, maar ik zou het dan liever in die kwetsbare of afhankelijke posities willen zoeken. Hier moet je zo specifiek bewijzen dat iemand zo lichamelijk onmachtig of zo geestelijk beperkt was dat hij dit echt niet heeft beseft of heeft gewild. En dan moet je ook nog bewijzen dat de overkant dat ook allemaal wist en doelbewust daar ook nog eens een keer misbruik van gemaakt heeft. Dat zijn hele zware eisen. Maar die situaties zijn er natuurlijk wel, maar ik heb ze niet zo vaak meegemaakt eerlijk gezegd. Ik heb eigenlijk alleen maar problemen gehad met deze begrippen. Ik zou het liever zoeken in die kwetsbare positie van mensen. En definieer dan maar iets ruimer en laat aan de rechter over om te bepalen in hoeverre misbruik gemaakt is van die positie en in hoeverre iemand dat geweten heeft. Hier moet je de geestelijke beperkingen van iemand gaan bewijzen en niet de kwetsbare positie en die is denk ik makkelijker te bewijzen.

De criteria uit art. 247 zijn heel lastig. Dat geldt ook voor lichamelijke onmacht. Meestal is het dronkenschap, van die *party rapes* of zo. Maar hoe dronken moet iemand zijn voordat hij lichamelijk echt onmachtig is? Achteraf, als iemand een beetje gedronken heeft, kan hij zich niet meer herinneren wat er gebeurd is. Maar wat heeft hij op dat moment dan gewild of aangegeven? Hele moeilijke situaties. Ik denk dat het makkelijker is – er zullen best wel wat vrijspraken bij zitten – om uit de omstandigheden en de verklaringen van iedereen die er bij is geweest af te leiden: was deze figuur in een kwetsbare positie ten opzichte van de dader? Heeft de dader daar ook bewust gebruik van gemaakt of in ieder geval zijn oogjes dichtgedaan zo van 'nou, ik negeer maar dat er toch wel "nee" gezegd werd'. Ik denk dat dat makkelijker te bewijzen is en dat dat meer ruimte open laat voor allerlei tussensituaties

dan dit. Maar dat kan te maken hebben met het feit dat ik gewoon heel weinig van dit soort zaken heb meegemaakt waar ik iets mee kon en dat ik er eigenlijk alleen maar eindeloze discussies met de inrichtingen heb gehad over wel of niet afdoen en wel of niet rapportages. Het zou beter zijn om een algemenere term als 'kwetsbare positie' te hebben. En die helemaal van de situatie en de omstandigheden laten afhangen. Dit beschrijft maar een paar specifieke situaties. Die absoluut strafwaardig zijn hoor. Ik vind absoluut dat je geestelijk beperkte mensen tegen bepaalde dingen moet beschermen, maar zo als het nu gesteld is moet je zo verschrikkelijk veel bewijzen wat je eigenlijk niet kan bewijzen.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 249 lid 2 Sr)
Dit heb ik eigenlijk al genoemd. Dat dit eigenlijk zou moeten vallen onder het kwetsbare positie artikel. Incestsituaties vallen hier onder, maar ook heel veel andere feiten waar iets inzit van afhankelijkheid of kwetsbaarheid of jonge leeftijd of bepaalde leeftijd. Het mag allemaal wat consequenter samengevoegd worden.

Advocaat 1
Waar ik in de praktijk tegen aanloop heeft te maken met 'een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken'. Dat is een aspect dat ik er uithaal waar je over kan twisten. Het lijkt erop dat het OM haast iedereen, bijvoorbeeld geestelijk gehandicapten, wil scharen onder dit artikel. Terwijl dit niet zo is, of hoeft te zijn. Want ze moeten de wil daaromtrent goed kenbaar kunnen maken. Over seksuele handelingen kan dat soms heel goed. Niet iedereen die begeleid woont, in een tehuis zit of geestelijk gehandicapt is moet direct onder de werking van dit artikel vallen. Dat is het enige waar ik in de praktijk vaak tegenaan loop. Het leidt er vaak toe dat iemand wordt vrijgesproken, maar die persoon heeft dan al wel een vervolging achter de rug. Dat moet worden voorkomen. Dit ligt vaak gevoelig. Iemand die een IQ heeft van 50, waarover een deskundige verklaart dat die persoon zich gezien zijn IQ redelijk heeft kunnen uiten met betrekking tot seksuele contacten. Misschien wel minder dan een ander, maar de persoon is ook minder ontwikkeld op dat gebied. Als je een goede verdediging voert, kom je er vaak wel uit, maar het probleem zou beter voorkomen kunnen worden. Ik heb erover nagedacht of dat kan gebeuren door de wet te wijzigen. Ik vraag me af of dit bereikt kan worden door middel van formulering van een wettekst. Want er staat wel heel duidelijk: 'zodanige ontwikkeling dat hij zijn wil daaromtrent niet kenbaar kan maken'. Dus nee, ik denk dat het heel lastig is.

Rechter 2
Het is wel zo dat ik vind dat het 'weerstand bieden' nog wel een kwestie is. Geestelijk gehandicapten zouden dan vrijwel strafbaar zijn als ze samen gemeenschap hebben of op andere manier met elkaar omgaan, want daartegen

weerstand bieden... Dat ‘weerstand bieden’ zou er van mij wel uit mogen en dan zou je ervan kunnen maken ‘niet of onvolkomen in staat is *volledig* zijn wil daaromtrent te bepalen’, want ‘weerstand bieden’ is een beetje een vaag verhaal.

Advocaat 3
Praktisch gezien met betrekking tot de normstelling is het verminderd bewustzijn altijd het lastige. Ik vind bij ‘staat van bewusteloosheid’ dat je dus niet meer beseft wat er gebeurt, bij ‘lichamelijke onmacht’ kun je er niks meer aan doen, maar ‘verminderd bewustzijn’ vind ik er eigenlijk niet tussen horen. Dit is ook weer zodanig algemeen dat echt alles eronder valt. Ik krijg dagelijks te maken met situaties waarbij mensen met wat te veel drank op met elkaar in bed belanden en dan de volgende dag denken van: ‘oe, dat wilde ik eigenlijk niet’. Dat valt er allemaal onder. Het leidt gelukkig zeker niet altijd tot veroordelingen, maar de vervolging op zich is al heftig genoeg. Zowel voor een verdachte, maar ook voor iemand die zich slachtoffer voelt en die erkenning niet krijgt. Ik vind dat je het met andere termen moet aangeven. Deze formulering zorgt voor zo veel grensgebieden die ook onder dat artikel kunnen vallen. ‘Verminderd bewustzijn’, hoe vaak hebben we dat wel niet? En als je vindt dat ik dat te ruim opvat en dat het dus echt alleen om specifiekere gevallen gaat, dan moet je dat beter formuleren denk ik.

Ik denk dat ‘een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis’ helderder en ook wat leesbaarder geformuleerd kan worden. Ik weet dat er al over wordt nagedacht hoe je dat op een andere manier kunt weergeven, bijvoorbeeld door te spreken van ‘verstandelijke beperkingen’. Het gaat dan om de normstelling, want de juridische professionals zijn dit soort terminologie wel gewend. Want daarvoor maak je een wet natuurlijk: om mensen duidelijk te laten krijgen wat wel of niet mag.

Rechter 1
Ook hier geldt weer dat volgens mij in de praktijk goed te werken valt met dit artikel. Dat overduidelijk is dat het gaat om mensen die echt hun wil niet kunnen bepalen. Dat de rechters er altijd aan koppelen dat die stoornis ertoe moet leiden dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil te bepalen. En dan wel in die mate dat het de normale grenzen doet vervagen; dat de keuzevrijheid wezenlijk wordt beïnvloed. Iemand die twee biertjes op heeft die zal ook niet… Daar gaat het niet om. Het gaat om iemand die *out* is of iemand die inderdaad zodanig dement of in een andere staat of zodanig manisch of zodanig anderszins gestoord is dat je eigenlijk zou kunnen zeggen, als deskundige naar rechters toe: ‘deze persoon was in die geestelijke staat echt niet in staat om serieus iets te willen; die deed gewoon wat hem gevraagd werd’. Ik denk niet dat daar veel knelpunten zitten. Op zich zitten die wettelijke bepalingen allemaal goed in elkaar vervlochten. Dat hebben ze toen, bij het herschikken van die zedelijkheidsbepalingen, eigenlijk heel mooi gedaan. Eigenlijk een heel mooi stuk wetgeving, voor zover ik het kan overzien.

#144 Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor enerzijds binnendringen en anderzijds overige seksuele handelingen. Deze basisdelicten zouden vervolgens gekoppeld kunnen worden aan diverse strafverzwarende gronden, zoals dwang bij wilsbekwamen, leeftijd, onmachtigheid, geweld, bedreiging met geweld of het aan iemands zorg toevertrouwd zijn. (A2) (zie #43, #69, #108, #108H, #122, #125, #125H, #144H, #151 en #165)

#145 Bij het op voorgaande of andere wijze herzien van de wet zou overwogen kunnen worden de maximumstraf die gesteld wordt op het binnendringen bij een onmachtige op ten minste hetzelfde niveau als verkrachting te stellen. (A2) (zie #145H en #165)

Advocaat 2
Het is volkomen absurd dat als je dus onmachtig bent en er wordt bij je binnengedrongen, dan is het acht jaar en bij een volwassen vrouw die verkracht wordt is het twaalf jaar. Ik vind dat echt niet uit te leggen hoor. Ik zou denken dat het bij onmachtigen zwaarder moet zijn. Ik zou willen voorstellen: maak er een algemene strafverzwarende bepaling van. Volgens mij moet je het gewoon heel simpel doen. Volgens mij moet je gewoon zeggen van: we hebben zoiets als seksueel binnendringen – al dan niet met een dwangvariant – en de dwangvariant is er voor boven die leeftijd waarvan wij vinden dat je zelf kunt bepalen dat je seks hebt. En je hebt misschien nog iets als 'seksuele handelingen anderszins' die met minderjarigen strafbaar zijn. En laat dan strafverzwarend zijn als je dat doet met iemand aan je zorg toevertrouwd, maar ook als je dat doet met een onmachtige. Bij seksueel binnendringen bij mensen die het zelf kunnen bepalen, moet dat dwangelement erin zitten, maar daaronder niet. Dus voor mijn part zeg je: 'verkrachting is twaalf jaar, seksueel binnendringen is ook twaalf jaar, maar doe je dat met iemand beneden de twaalf, dan doen we bijvoorbeeld vijftig procent er bovenop; is die dan ook nog eens onmachtig, dan nog een derde er bovenop'. In de Robert M. zaak is daar nog heel veel gedoe over geweest in het begin, dat ook het OM daar een hele studie van heeft moeten laten maken van: 'kunnen wij dat nou eigenlijk wel stapelen?' Maar het enkele feit dat daar een studie van gemaakt moet worden, zegt genoeg. Dus dan moet de wetgever ook wel duidelijk maken dat je dus meerdere strafverzwarende omstandigheden kunt hebben. Ik denk dat je gewoon moet zeggen: je hebt een gronddelict en je hebt strafverzwarende omstandigheden. De strafverzwarende omstandigheid, die factor, moet je vermenigvuldigen met het gronddelict. En er kunnen meerdere strafverzwarende omstandigheden zijn, maar je moet het wel steeds met het gronddelict vermenigvuldigen. Als je als kerndelicten 'seksueel binnendringen' én 'seksuele handelingen overig' (dat heet nu 'ontuchtige handelingen') neemt, en dat je daar een derde bij opgooit als je dat met iemand doet die een verminderd bewustzijn heeft of onmachtig is. En dan zou je – als je dat wil – ook nog kun-

nen zeggen: 'voor al die delicten geldt dat als je dat met geweld doet of met bedreiging van geweld, dan nog een derde erbij'. Ik denk dat je gewoon misschien drie of vier gronddelicten moet creëren en de rest allemaal strafverzwarende omstandigheden. Dat maakt het leven een stuk eenvoudiger.

Daarnaast zou je er ook over kunnen denken om het feit dat een volwassen onmachtige, iemand die bijvoorbeeld verstandelijk beperkt is, aan iemands zorg is toevertrouwd ook als strafverzwarende omstandigheid op te nemen. En het gebeurt wel bij een arts of een maatschappelijk werker, maar het gebeurt bijvoorbeeld weer niet bij iemand die zelf een zorgboerderij heeft. Dus het toevertrouwd zijn aan iemands zorg zou een aparte strafverzwarende omstandigheid moeten zijn.

#146 Overwogen zou kunnen worden strafbare gedragingen die betrekking hebben op lichamelijk of geestelijk onmachtigen in één bepaling onder te brengen. (R2)

Rechter 2
Ik vind het bezwaarlijk dat het weer zo uit elkaar gehaald is. Kun je dat niet anders opzetten en bij elkaar brengen? Je moet er één artikel van maken. Als we het hebben over mensen die in staat van bewusteloosheid verkeren etc., dan zeg je: 'degene die dát daarmee doet krijgt zo veel jaar en wie daarmee dát doet zo veel jaar'. Gewoon één artikel: 'zo gaan wij met onze onmachtigen en bewustelozen om'.

#147 Overwogen zou kunnen worden één basisartikel te maken dat betrekking heeft op ontucht met lichamelijk of geestelijk onmachtigen. Het seksueel binnendringen zou dan als aparte strafverzwarende omstandigheid opgenomen dienen te worden. (R3) (zie #45, #127, #127H en #171)

Rechter 3
Ook hierbij zou ik weer willen pleiten voor één basisdelict met een strafverzwarende omstandigheid voor binnendringen. Dat je niet twee aparte delicten daar moet nemen, die dan ook nog een eind uit elkaar staan. Je zoekt je suf soms. Waar staat het ook al weer en waar valt het onder?

#148 Overwogen zou kunnen worden art. 243 Sr om te vormen tot een pro parte doleus, pro parte culpoos delict. (O1; O3)

- Het opzet in art. 243 Sr is lastig bewijsbaar. (O1; O3; O4)

Officier 1
Hier is het lastige dat de verdachte zou moeten weten dat iemand onmachtig is. Wij hebben het altijd over het dubbele opzet bij 243. Dat maakt het ontzettend moeilijk bewijsbaar. Dat iemand op de hoogte is van – als voorbeeld – dat hij met een zwakbegaafd iemand te maken heeft en dat hij dus niet in

staat was zijn wil voldoende duidelijk kenbaar te maken ten aanzien van uiteindelijk de seksuele handelingen en dat daar dan nog eens bewust misbruik van is gemaakt. Er zijn weinig verdachten die dat puntgaaf toegeven. Als ze dat al weten; vaak zijn ze zelf ook minder begaafd. Het echt weten vind ik een hele lastige opgave om te bewijzen. Je zou daar ook misschien van kunnen maken: weten of redelijkerwijs moeten vermoeden. Als ze weten dat iemand niet zelfstandig woont, een bepaald type werk heeft of een bepaald type opleiding doet, dan zouden daar alarmbellen moeten gaan rinkelen, maar je gaat natuurlijk ook niet van tevoren vragen 'wat is je IQ?' voordat je überhaupt een relatie aangaat of verder gaat. Dat is wel weer het andere uiterste.

Officier 3
Lichamelijke onmacht; je ziet het niet heel vaak, maar het komt voor als mensen heel erg dronken zijn of gedrogeerd. Maar het weten dat hij in die staat verkeert is alweer een bewijsdrempel. Hier zou je 'redelijkerwijs moeten vermoeden' het liefst erbij willen hebben, want het 'weten' is nogal een hoge drempel. Dit is echt een verschrikkelijk ingewikkeld artikel. Ik krijg de politie ook bijna niet uitgelegd welke stappen ze allemaal moeten zetten om dat bewijsbaar te krijgen. Je moet eerst bewijzen dat iemand een gebrekkige ontwikkeling of een ziekelijke stoornis had en dan dat hij daardoor niet of onvolkomen in staat was zijn wil te bepalen, kenbaar te maken of weerstand te bieden. Dan moet je ook nog bewijzen dat iemand daar opzet op had, op die omstandigheden. Ten slotte moet je bewijzen dat hij seksuele handelingen pleegde. Er zit dus een causaal verband tussen drie van de vier elementen. Het is bijna niet te bewijzen. Vooral omdat het opzet diverse lagen heeft. Het opzet zit op die drie factoren die onderling ook nog causaal verband moeten hebben. Dat moet je bewijzen. Het zal allemaal wel zo zijn, maar je moet ook echt onderling bewijsmiddelen verzamelen. Dat is bijna niet te doen.

#149 Overwogen zou kunnen worden de maximumstraf die is gesteld op art. 243 Sr te verhogen naar twaalf jaar. (O1)

- De maximumstraf die is gesteld op art. 243 Sr zou even hoog dienen te zijn als de maximumstraf die gesteld is op andere delicten die betrekking hebben op seksueel binnendringen (art. 242 Sr en art. 244 Sr). (O1)

- Een maximumstraf van twaalf jaar biedt voordelen in verband met de voorgeleiding van verdachten. (O1)

Officier 1
Art. 243 staat acht jaar op als het gaat om seksueel binnendringen. Dat verhoudt zich natuurlijk lastig als je dat vergelijkt met 242 en 244. Je kan je afvragen: waarom wordt dat niet gelijk getrokken en ook op twaalf jaar gesteld? Ik zou er wel voor zijn als gewoon het seksueel binnendringen als vergaande inbreuk op iemands lichamelijke integriteit gelijk getrokken zou wor-

den. Ik denk er dan ook weer aan dat een twaalfjaarsfeit ons weer meer mogelijkheden biedt met voorgeleiden en de voorlopige hechtenis. Daar zijn wij gewoon altijd onwijs mee aan het stoeien.

3.4 Seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken (art. 249 lid 2 Sr)

Ontucht met functioneel afhankelijken (art. 249 lid 2 Sr)

> Artikel 249 Sr
> 1. (...) wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
> 2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
> 1°. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;
> 2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;
> 3°. degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.

#150 Overwogen zou kunnen worden art. 249 lid 2, onder 1° Sr af te schaffen. (De Roos)

De Roos (document; samenvatting)[46]
De Roos pleit voor de afschaffing van art. 249 lid 2, onder 1° Sr. De kritiek van De Roos richt zich op de sterk formeel-juridische uitleg van de genoemde bestanddelen, in het bijzonder van het onderdeel ‘aan zijn gezag onderworpen’. Deze uitleg heeft volgens De Roos tot gevolg dat veel zuiver consensuele seksuele relaties worden gestigmatiseerd en dat niet strafwaardige gevallen in beginsel toch door de bepaling worden geraakt. In bijzondere situaties kan afdoende worden teruggevallen op het tuchtrecht of een andere vorm van interne sanctionering en, zo nodig, op de overige algemene zedendelicten, aldus De Roos.

#138H Overwogen zou kunnen worden de in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criteria met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke onmachtigheid algemener en ruimer op te stellen. Dat zou gestalte kunnen krijgen door een algemeen delict te creëren waarin het misbruik maken van een kwetsbare positie centraal wordt gesteld. Dit delict zou betrekking kunnen heb-

---

46 Th.A. de Roos, ‘Seks op de kazerne. Beschouwingen over een ten onrechte niet geschrapte strafbepaling’, MRT 2004, p. 223-228.

ben op lichamelijke en geestelijke onmachtigheid, jeugdige leeftijd en afhankelijkheidsrelaties. (O5) (zie #138 en #139)

Officier 5 (naar aanleiding van art. 243 en 247 Sr)
In de zaken die ik ken of die ik gehad heb was het eigenlijk altijd een probleem dat als je iemand met geestelijke beperkingen hebt je die dan eigenlijk niet kon of wilde vervolgen. Negen van de tien keer zijn het situaties van geestelijk gehandicapten die of begeleid wonen of in een instelling zitten en die onderling iets doen of een relatie aangaan met een begeleider. En je moet dan die eindeloze discussie in van 'in hoeverre kon deze persoon zijn wil bepalen?' Dat iemand geestelijk beperkt is heeft iedereen wel door, maar het feit dat je geestelijk beperkt bent wil nog niet zeggen dat jij geen seks wil hebben. Dat willen die mensen echt wel, maar je moet je helemaal in die situatie gaan afvragen in hoeverre zo'n iemand seksueel in staat is om zijn wil te bepalen. In hoeverre is iemand beperkt? In hoeverre wist de overkant dat wel? Mijn ervaring is dat je daar eigenlijk nooit kan vervolgen. Negen van de tien keer wil je daar ook helemaal niet vervolgen, want je wil dat op een andere manier oplossen; je wil dat intern oplossen.

Het zou wel onder het strafrecht moeten vallen, maar ik zou het dan liever in die kwetsbare of afhankelijke posities willen zoeken. Hier moet je zo specifiek bewijzen dat iemand zo lichamelijk onmachtig of zo geestelijk beperkt was dat hij dit echt niet heeft beseft of heeft gewild. En dan moet je ook nog bewijzen dat de overkant dat ook allemaal wist en doelbewust daar ook nog eens een keer misbruik van gemaakt heeft. Dat zijn hele zware eisen. Maar die situaties zijn er natuurlijk wel, maar ik heb ze niet zo vaak meegemaakt eerlijk gezegd. Ik heb eigenlijk alleen maar problemen gehad met deze begrippen. Ik zou het liever zoeken in die kwetsbare positie van mensen. En definieer dan maar iets ruimer en laat aan de rechter over om te bepalen in hoeverre misbruik gemaakt is van die positie en in hoeverre iemand dat geweten heeft. Hier moet je de geestelijke beperkingen van iemand gaan bewijzen en niet de kwetsbare positie en die is denk ik makkelijker te bewijzen.

De criteria uit art. 247 zijn heel lastig. Dat geldt ook voor lichamelijke onmacht. Meestal is het dronkenschap, van die *party rapes* of zo. Maar hoe dronken moet iemand zijn voordat hij lichamelijk echt onmachtig is? Achteraf, als iemand een beetje gedronken heeft, kan hij zich niet meer herinneren wat er gebeurd is. Maar wat heeft hij op dat moment dan gewild of aangegeven? Hele moeilijke situaties. Ik denk dat het makkelijker is – er zullen best wel wat vrijspraken bij zitten – om uit de omstandigheden en de verklaringen van iedereen die er bij is geweest af te leiden: was deze figuur in een kwetsbare positie ten opzichte van de dader? Heeft de dader daar ook bewust gebruik van gemaakt of in ieder geval zijn oogjes dichtgedaan zo van 'nou, ik negeer maar dat er toch wel "nee" gezegd werd'. Ik denk dat dat makkelijker te bewijzen is en dat dat meer ruimte open laat voor allerlei tussensituaties dan dit. Maar dat kan te maken hebben met het feit dat ik gewoon heel weinig van dit soort zaken heb meegemaakt waar ik iets mee kon en dat ik er eigenlijk alleen maar eindeloze discussies met de inrichtingen heb gehad over wel

of niet afdoen en wel of niet rapportages. Het zou beter zijn om een algemenere term als 'kwetsbare positie' te hebben. En die helemaal van de situatie en de omstandigheden laten afhangen. Dit beschrijft maar een paar specifieke situaties. Die absoluut strafwaardig zijn hoor. Ik vind absoluut dat je geestelijk beperkte mensen tegen bepaalde dingen moet beschermen, maar zo als het nu gesteld is moet je zo verschrikkelijk veel bewijzen wat je eigenlijk niet kan bewijzen.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 249 lid 2 Sr)
Dit heb ik eigenlijk al genoemd. Dat dit eigenlijk zou moeten vallen onder het kwetsbare positie artikel. Incestsituaties vallen hier onder, maar ook heel veel andere feiten waar iets inzit van afhankelijkheid of kwetsbaarheid of jonge leeftijd of bepaalde leeftijd. Het mag allemaal wat consequenter samengevoegd worden.

#151 Overwogen zou kunnen worden de afhankelijkheidsrelaties die nu zijn opgenomen in art. 249 Sr als strafverzwarende grond op te voeren bij de diverse te creëren basisdelicten. Het verdient daarbij aanbeveling de afhankelijkheidsrelatie te definiëren aan de hand van een algemener, ruimer begrip. (A2) (zie #69, #108, #108H, #122, #125, #125H, #144 en #144H)

Advocaat 2
Ook hiervan zou ik zeggen: gewoon een algehele strafverzwarende omstandigheid ervan maken. Dus ik zou denken dat die strafverzwarende omstandigheid voor ieder gronddelict zou moeten gelden. Er wordt hier weer een hele selectie gemaakt van ambtenaren etc.; je kan toch ook gewoon zeggen: 'hem of haar aan wie de persoon is toevertrouwd'? Het zou globaler moeten worden geformuleerd en niet zo worden toegespitst op al die beroepen. Bijvoorbeeld zo'n zorgboerderij, valt dat daar dan onder? Is dat dan een instelling van weldadigheid? Dat zou ik duidelijker formuleren.

#152 Overwogen zou kunnen worden de omstandigheden die het misbruik van gezag in art. 249 Sr specificeren ten aanzien van niet-minderjarigen uitsluitend in de wet op te nemen als strafverzwarende gronden. (O1) (zie #120)

Officier 1
Dan kan ik misschien ook terugverwijzen naar mijn eerdere opmerkingen dat ik de systematiek logischer zou vinden als je kijkt naar welk type gedraging en wat is daar strafbaar van? Met wie is het gedaan? Vooral de leeftijd of is het een kwetsbare persoon, want die hoort er natuurlijk ook bij. Iemand die niet in staat is zijn wil te bepalen of daartoe onvoldoende in staat is. In welke relatie hij stond tot het slachtoffer zou wat mij betreft sec als strafverzwaring kunnen fungeren – dat is art. 248.

#153 Overwogen zou kunnen worden buiten twijfel te stellen dat meer alternatief georiënteerde afhankelijkheidsrelaties onder het bereik van art. 249 Sr vallen. (O2)

- Het is in dergelijke gevallen niet eenvoudig een veroordeling wegens overtreding van art. 249 Sr te bewerkstelligen. (O2)

- Rechters die hun seksuele normstelling in de jaren zeventig hebben ontwikkeld zijn minder geneigd in dergelijke gevallen tot een bewezenverklaring te komen. Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling dat de wetgever duidelijk aangeeft dat dit soort gevallen onder het bereik van art. 249 Sr vallen. (O2)

Officier 2
Je hebt soms wel eens een situatie dat je denkt: valt het eronder? Bijvoorbeeld een mevrouw die niet helemaal stabiel is, een zweverige cursus gaat volgen en dan ontvankelijk wordt voor de aandacht van de cursusleider, die daarvan vervolgens vreselijk misbruik maakt. Dat zijn moeilijke zaken: dat een slachtoffer dat niet helemaal stabiel is, in een kwetsbare positie terechtkomt waar overduidelijk misbruik van wordt gemaakt.

Ik heb een zaak gehad van een enorme charlatan. Dan heb je drie van die aangiftes en het treurige is dat die vrouwen dus in de regel nul op het rekest krijgen van de politie. Die charlatan hangt tegenover zijn cliënten hele verhalen op over chakra's en stelt dat alle problemen liggen aan de seksuele chakra. En drie keer raden hoe dat moet worden opgelost: door seks met hem, ja. Die werkwijze volgt hij elke keer. Je weet zeker dat als je drie van die aangiftes hebt – dat zijn dus de mensen die de moed hebben kunnen verzamelen om naar de politie te gaan – dat daaronder een hele categorie zit van mensen die dat ook hebben meegemaakt. En dit soort types zou je liever eerder kunnen aanpakken. Je wordt doorgaans in de discussie gedrukt of zo'n man wel in de officiële gezondheidszorg zit en of die cursussen of therapieën wel onder art. 249 vallen. Ik heb het daar bij dit voorbeeld wel mee gered, maar ik had er niet op gerekend. Ik vind het dus wel een knelpunt in het zedenrecht dat mensen die contact krijgen in een soort van alternatieve of wat vagere onderwijsrelatie, dat die echt risico lopen. En dat vind ik ook best schokkend. Misschien heeft dit aspect van het zedenrecht voor de rechtbank meegespeeld. Maar binnenkort dient de zaak in hoger beroep en ik vraag mij zeer af of het hof hem gaat veroordelen.[47] In dit soort zaken is het soms ook mijn eigen, persoonlijke indruk dat er een groot verschil is tussen rechters die zijn opgegroeid tijdens de seksuele revolutie en rechters die met de normen van latere decennia zijn opgegroeid. Juist in die gevallen wil je dat de wetgever eenduidig is in de normstelling van de delictsomschrijving, en die eenduidigheid ontbreekt nu.

47 De verdachte is na het plaatsvinden van het interview opnieuw veroordeeld in hoger beroep.

#154 Overwogen zou kunnen worden een strafbepaling op te stellen die seksueel overschrijdend gedrag van de baas jegens niet-minderjarige werknemers direct strafbaar stelt. (O3)

- Het is minder gelukkig dergelijke gedragingen over de band van het ‘onverhoeds handelen’ onder art. 246 Sr te brengen. (O3)

Officier 3
Het is wel een heel fijn artikel voor de pizzabakkers die aan hun personeel zitten achter in de pizzatent. Het is opvallend dat meerderjarige werknemers niet beschermd zijn tegen seksueel overschrijdend gedrag van hun baas, terwijl dat voor meiden van twintig even ingewikkeld kan zijn als voor meiden van tegen de achttien. Je zou kunnen overwegen dat rechtstreeks in de wet op te nemen. We doen het nu altijd met aanranding – met die ‘onverhoeds handelen’ oplossing. Dat vind ik een hele lelijke oplossing. Het haalt het altijd wel, maar het is daar uiteindelijk niet voor geschreven. Tenminste, dat zou ik denken.

#155 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel ‘ontucht plegen’ in art. 249 Sr zo te formuleren dat seksueel overschrijdend gedrag jegens ondergeschikten gemakkelijker onder art. 249 Sr gebracht kan worden. (R3)

- In de rechtspraak wordt in bepaalde gevallen een beperkte betekenis toegekend aan het bestanddeel ‘ontucht plegen’. Dat kan tot gevolg hebben dat seksueel overschrijdend gedrag jegens ondergeschikten niet tot strafbaarheid leidt. (R3)

Rechter 3
Op het gebied van normstelling denk ik dat ik hier wel wat meer duidelijkheid in zou willen krijgen. De categorie seksuele intimidatie, of dat nou wel of niet strafbaar is. Ik ken zaken waarin het oordeel luidde dat het wel grensoverschrijdende gedragingen waren geweest, maar niet ontuchtige gedragingen. Daar kun je dan over discussiëren, maar ik kan mij goed voorstellen dat door die opvatting een hele categorie het gevoel heeft dat het recht ze in de kou laat staan. Het kan zijn dat het de bedoeling van de wetgever ook is dat seksuele intimidatie niet strafbaar is. Dat dat maar binnen de werkvloer opgelost moet worden of wat dan ook. Maar wat te doen als vrouw wanneer je mannelijke leidinggevende in een besloten ruimte opeens lichamelijke avances maakt, zoals het aanraken van je benen en het strelen door je haar? En een kus op de wang? Daarover kan het rechterlijk oordeel dan zijn: het is geen ontucht, maar wel grensoverschrijdend, want je hoort dat niet te doen onder die omstandigheden. Misschien wil de wetgever dat niet strafbaar hebben, dat kan. Maar je zou het misschien ook kunnen uitbreiden. Zeker als je ziet dat het in de praktijk dan tot vrijspraken leidt vanwege het ontbreken van het ontuchtige karakter. Dit soort gevallen zou wat mij betreft in het strafrecht

moeten worden gevat. Het is lastig daar een goede term voor te vinden, want ‘seksuele gedragingen’ dekt het dan ook niet. Je zit dan toch in de sfeer van ‘grensoverschrijdend’, maar dat is natuurlijk helemaal lastig. Ik weet niet precies hoe je het zou moeten formuleren. Bij seksuele intimidatie heb je sowieso een lijdensweg te ondergaan als onderschikte voordat je de stap zet om aangifte te doen. En als je dan eindelijk na jaren procederen en als getuige op zitting gehoord te zijn geweest en noem maar op *fully exposed* met een vrijspraak wordt weggestuurd, want het was niet ontuchtig, dan is dat wel heel erg zuur. Het is een enorme klap in het gezicht van slachtoffers en je bent je baan kwijt, noem maar op. Misschien dat hiermee met ‘het dulden’ iets zou kunnen. Dulden van handelingen of zo iets. Het moeten ondergaan of het dulden van ongewenste handelingen.

#156 Overwogen zou kunnen worden de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het vereiste causale verband tussen de relatie en de seksuele handelingen als bijzondere strafuitsluitingsgrond aan art. 249 Sr toe te voegen. Het gaat daarbij om het volgende criterium: ‘dat bij wijze van uitzondering geen sprake is van “ontucht plegen” indien die relatie bij de seksuele handelingen geen rol speelt, in die zin dat bij de patiënt of cliënt sprake is van vrijwilligheid en daarbij enige vorm van afhankelijkheid, zoals die in de regel bij een dergelijke functionele relatie in meerdere of mindere mate bestaat, niet van invloed is geweest’.[48] (A4)

- Het genoemde criterium wordt door de lagere rechtspraak te streng geïnterpreteerd, in die zin dat bijna per definitie wordt aangenomen dat sprake is van een afhankelijkheidsrelatie. (A4)

- Door het codificeren van dit criterium wordt meer aandacht gevestigd op het feit dat deze omstandigheid het ontuchtige karakter wegneemt. (A4)

Advocaat 4
Het gaat hier weer om de term ‘ontucht plegen’. De jurisprudentie van de Hoge Raad is dat als de afhankelijkheidsrelatie geen enkele rol heeft gespeeld, dan is er geen sprake van ontucht. Ik heb eens een zaak meegemaakt van een huisarts die een praktijk had in Curaçao. Die patiënte is naar Nederland geëmigreerd. Een half jaar of een jaar daarna is hij naar Nederland toegegaan. Zij was toen uitgeschreven uit zijn praktijk. Hij heeft toen seks met haar gehad. Hij is daarvoor uiteindelijk vervolgd. Hij had zoiets van: ‘luister, zij was mijn patiënte niet meer. Ik ben die avond uit met haar geweest, we zijn gaan dansen, uit eten geweest en we hebben op een hotelkamer seks met elkaar gehad.’ Die hele afhankelijkheidsrelatie heeft daar geen rol gespeeld. Hij is er

[48] Zie bijv. HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2630.

uiteindelijk wél voor veroordeeld, omdat hij medicijnen voor haar had meegenomen omdat die op Curaçao goedkoper waren dan hier in Nederland. Misschien dat dat net de doorslag heeft gegeven. Maar ik begreep zijn perspectief wel. Dan eindigt gewoon die hulpverleningsrelatie en dan is er geen sprake meer van enige afhankelijkheid waardoor zij niet in vrijheid tot haar keuze heeft kunnen komen om seks te hebben. De Hoge Raad heeft het in stand gelaten. Het is weer die term 'ontucht' die voor enige rechtsonzekerheid zorgt. Maar ik vind het in deze wel moeilijk om een andere term te bedenken. Ik ben blij dat er wel een ontsnappingsmogelijkheid is. Sommige gevallen zijn gewoon moeilijk. Een psycholoog en een patiënt. Je wordt verliefd op elkaar en je beëindigt dan daadwerkelijk die behandelingsrelatie. Hoe lang moet je dan wachten voordat je daadwerkelijk een relatie met elkaar kunt beginnen? Ik denk dat daar veel onduidelijkheid in zit. Dat je ook daar weer niet de pech moet hebben dat die zaak bij een officier terechtkomt die daar wat strenger over denkt dan een ander. Ik zou graag willen dat het iets duidelijker zou zijn, maar hoe je die strafbaarstelling beter kunt afbakenen, vind ik dan lastig. Die ontsnappingsmogelijkheid, zoals De Hullu die noemt, wordt te streng uitgelegd, vind ik eerlijk gezegd. Er is bijna per definitie sprake van een afhankelijkheidsrelatie en dat lijkt mij in veel gevallen niet het geval. Zeker niet in ieder geval bij een huisarts bij wie de behandelingsrelatie al een half jaar geleden was gestopt. Dan is het dat niet meer. Als die man dan nog medicijnen meeneemt, alleen maar omdat dat goedkoper is, dan zegt dat niets over de vraag of dat meisje nog afhankelijk van die man was en daardoor niet meer in vrijheid heeft kunnen beslissen. Het was 100% duidelijk dat zij in vrijheid heeft gekozen voor seks met hem. Geen twijfel over mogelijk.

Ik vind dat de huidige interpretatie, in ieder geval in de lagere rechtspraak, te streng is. Dan kun je wel eraan denken om dat als extra strafuitsluitingsgrond op te nemen, een lid 3. Dan is daar toch meer aandacht voor door de wetgever, met betrekking tot het feit dat er ruim uitgelegd kan worden. Die strafuitsluitingsgrond moet dan expliciet verwijzen naar dat criterium dat de afhankelijkheidsrelatie geen enkele rol heeft gespeeld bij de bepaling om seks te hebben. Dan leg je in de wet neer wat de Hoge Raad al heeft bepaald eigenlijk. En die codificatie daarvan zorgt er wel vaak voor dat daar ook meer aandacht voor is. Dat zou ik wel een idee kunnen vinden inderdaad.

#157 Overwogen zou kunnen worden jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het vereiste causale verband tussen de relatie en de seksuele handelingen te codificeren in de delictsomschrijving van art. 249 Sr. Het gaat daarbij om het volgende criterium: 'dat bij wijze van uitzondering geen sprake is van "ontucht plegen" indien die relatie bij de seksuele handelingen geen rol speelt, in die zin dat bij de patiënt of cliënt sprake is van vrijwilligheid en daarbij enige vorm van afhankelijkheid, zoals die in de regel bij een dergelijke functionele

relatie in meerdere of mindere mate bestaat, niet van invloed is geweest'.[49] (A5)

- Codificatie van deze jurisprudentie komt de duidelijkheid van de wet ten goede. (A5)

Advocaat 5
Er is een uitspraak van de Hoge Raad geweest in 1997 waarin de Hoge Raad zegt dat deze bepaling niet van toepassing is wanneer er weliswaar sprake is van een bepaalde relatie, maar waarbij die relatie geen enkele invloed heeft gehad op de handelingen.[50] Maar de vraag is: zou dan in de delictsomschrijving tot uiting moeten worden gebracht dat het één echt van invloed is geweest op het ander? Dat betekent dus eigenlijk dat de tekst van de wet meer expliciet in lijn moet worden gebracht met wat de Hoge Raad heeft bepaald. En dan zou je misschien kunnen zeggen: de Hoge Raad heeft wellicht bedoeld tot uitdrukking te brengen dat het een ook effect moet hebben gehad op het ander. En dan is het misschien een taak voor de wetgever om te zeggen: 'dan moeten we dat ook zo omschrijven'. Dat het maar duidelijk is. Want anders zou je misschien de situatie kunnen krijgen dat in alle gevallen – ook waarin dat causale verband tussen het een en het ander er niet is – iemand al onder het bereik van het strafrecht komt te vallen. De vraag is of je dat wil.

Ontucht met misbruik van gezag (algemeen)[51]

#125H Overwogen zou kunnen worden de terminologie van art. 249 Sr aan te passen. Het verdient daarbij de voorkeur gebruik te maken van ruime, algemene begrippen. (O4; A3; R2; A5) (zie #69, #108, #108H, #122, #125, #144, #144H en #151)

Officier 4
Verder zijn de woorden hier verouderd. Wat is een pupil tegenwoordig? Wat is de bediende? Wat is een opzichter? Een rijksinrichting voor kinderbescherming? Weeshuis bestaat denk ik ook niet meer. Ik zit te denken aan een oplossing waarbij je een begrip kiest waar alles onder valt. De onderwijzer – dan denk je niet aan een middelbare school. Dan zou ik wel denken dat dat bedoeld is, maar dat niemand die discussie zal aangaan. Niemand heeft het nog over 'de onderwijzer' of 'instelling voor weldadigheid'. Ik had onlangs een casus bij de hand waar de vader geen omgangsregeling had. Mijn vrees was dat hij niet had erkend. Uiteindelijk bleek dat daar gewoon een stuk was overgelegd, dus de hele discussie viel weg. Ik heb zelfs nog een wijziging gemaakt. Omdat je eigenlijk niet goed kon zeggen dat als je een keer een uurtje langskomt bij het kind – niet bij jou thuis maar bij jouw ex-ooit-vriendin –

49 Zie bijv. HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2630.
50 Het gaat om HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0645.
51 Deze paragraaf betreft een herhaling van een in paragraaf 3.2.8 opgenomen paragraaf.

maar daar wel seksuele handelingen mee verricht, of dat daar dan onder valt of niet. Tot en met aktes aan toe die moesten worden opgevraagd. Vraag is of je dat wil als wetgever of niet.

Advocaat 3
Ik denk zeker dat er een andere, moderne invulling te geven is aan termen als ‘instelling van weldadigheid’. Ik denk sowieso dat daar naar moet worden gekeken. Ook de vraag waarom het ambtenaar zijn hier zo prominent in staat. Ik moet eerlijk zeggen dat ik de wetsgeschiedenis op dat terrein niet ken, maar dat zal wel te maken hebben met de stevigheid van de gezagrelatie van ooit, maar ik weet niet of een ambtenaar nu anders moet worden gesteld dan iemand van een particulier bedrijf, dus leidinggevenden. Ik denk zeker dat naar lid 2 nog even goed moet worden gekeken van ‘wat vinden we nou binnen dit artikel strafwaardig gedrag?’ Je zou het ook abstracter kunnen omschrijven, zodat het beter uitdrukt wat dat artikel wil beschermen.

Rechter 2
In lid 2 heb je een bestuurder of een arts in een gevangenis of een ziekenhuis. Waarom moet dat zo apart benaderd worden? Lid 3 is dan de gezondheidszorg of de maatschappelijke zorg en lid 2 is meer als je onder bescherming van de staat bent, en een leraar? Je beperkt het. Zou je dat niet algemener kunnen maken, want nu vallen er gewoon categorieën buiten, wat ik al zei, een leraar bijvoorbeeld. Er worden hier een aantal mensen genoemd en dat sluit de anderen uit. Dus dat zou je breder moeten maken.

Advocaat 5
Er wordt natuurlijk specifiek omschreven welke functionarissen het betreft: ambtenaar, bestuurder, arts, onderwijzer. Ik heb daar als gedachte bijgezet: zou het een idee zijn om het niet in die zin te limiteren, maar de beschrijving zo te maken dat iedereen die in een bepaalde gezagsverhouding tot een ander staat en als gevolg daarvan ook seksuele handelingen er doorheen probeert te drukken onder het artikel valt? Of dat wellicht wetgevingstechnisch gezien een idee zou zijn. In plaats van het te limiteren tot deze opsomming. De huidige formulering van de wet kan ervoor zorgen dat mensen die onder een gezagsverhouding vallen buiten het bereik van de wet vallen.

#126H Overwogen zou kunnen worden een pendant van art. 249 Sr te creëren die betrekking heeft op seksueel binnendringen. (R2) (zie #126)

Rechter 2
Een bijzonderheid is dat er geen seksueel binnendringen pendant is. Want hier is het alleen maar ontucht en dat is natuurlijk van wezenlijk andere orde dan binnendringen. Eigenlijk zou daar wel degelijk onderscheid gemaakt moeten worden tussen die twee categorieën.

#127H Overwogen zou kunnen worden een strafverzwarende grond in art. 249 Sr op te nemen die betrekking heeft op het seksueel binnendringen van het lichaam. (R3) (zie #45, #127, #147 en #171)

Rechter 3 (naar aanleiding van art. 249 Sr)
En je zou hierbij misschien dan ook – zoals ik eerder zei – het binnendringen als strafverzwarende grond nog kunnen opnemen, want het staat niet apart genoemd. Het gaat alleen om de ontucht. Je zou hier weer met een basisdelict kunnen werken en dan opplussen.

Rechter 3 (naar aanleiding van art. 244, 245 en 247 Sr)
Het blijven ingewikkelde constructies zoals ze nu uitgesplitst staan. En ik hoor dat van meer collega's. Het is eigenlijk iets waar je elke keer het wetboek er weer bij moet pakken. Hoe zat het nou ook al weer? Omdat het zo uitgesplitst is op deze manier met verschillende leeftijdscategorieën en dan wél of niet binnendringen. Zou het een optie zijn om te zeggen: je maakt ontucht strafbaar onder de zestien en dan seksueel binnendringen als strafverzwarende omstandigheid daarbij, in plaats van aparte wetsartikelen daarvoor? Of bijvoorbeeld als het onder de twaalf is als strafverzwarende omstandigheid, omdat je het eigenlijk als één basisdelict pakt met opplussen als sprake is van binnendringen en als het onder de twaalf is. Dan zou je ook nog kunnen denken aan de omstandigheden die in art. 248 zijn vermeld, als het met geweld is of met meerdere daders. Dat soort dingen. Dat zou je dan denk ik wel in een apart artikel nog kunnen houden zoals het nu is. Maar deze drie zou je denk ik best in één artikel kunnen vatten met een basis en dan opplussen. Dan wordt het wat helderder denk ik. Nu zit je echt te zoeken: wat was het nou precies? Is het nou ontuchtig of is het binnendringen? Hoe oud? Soms is er natuurlijk een langere pleegperiode, waardoor het binnen meerdere delictsomschrijvingen past. Dan krijg je ontzettend ingewikkelde tenlasteleggingen om dat allemaal te vatten.

Ik zie niet in waarom ontucht en het binnendringen in een aparte delictsomschrijving moet. Ik zou me kunnen voorstellen dat binnendringen ernstiger is dan ontucht, maar dan denk ik: daar zou je denk ik ook in de strafmaat prima rekening mee kunnen houden. Nogmaals eigenlijk ontucht als basis, als het mede omvat 'binnendringen', dan zou dat strafverzwarend kunnen zijn denk ik. Het is nodeloos gecompliceerd. Volgens mij kan je in strafmaat en in motivering daarvan zodanig differentiëren dat je daarin tot uitdrukking kan brengen hoe je de ernst van het feit inschat en of dat inderdaad een gedwongen tongzoen is of dat het veel meer is geweest. Het lijkt een beetje een ouderwets calvinistische norm van: 'oe, als er maar wel d'r maagdelijkheid bewaard wordt'. Zo iets. Tenminste, dat idee heb ik erbij met het oog op dat binnendringen. In de huidige tijd is dat een veel gradueler fenomeen, zeker als je kijkt naar de jeugd waar vaak eerder gepijpt wordt dan dat er wordt getongzoend, dus dat is een heel andere ontwikkeling ook bij kin-

deren in de seksuele gang van zaken. Dit heeft een soort ouderwetse strenge mannen norm of zo.

#128H Overwogen zou kunnen worden art. 251 Sr jo. art. 28 Sr beter toe te spitsen op de zedentitel, in zoverre dat het tot de mogelijkheden gaat behoren iemand uit een kerkelijke functie te ontzetten indien hij zich heeft schuldig gemaakt aan een zedendelict terwijl dit niet in zijn functie is begaan. (O4) (zie #128)

Officier 4
Een ander punt heeft betrekking op art. 28 en 251 Sr. Het gaat dan om de mogelijkheden om bijkomende straffen op te leggen. Bij wijze van voorbeeld ten aanzien van een pastoor van de Rooms Katholieke kerk die op zijn privécomputer thuis in zijn privétijd 's nachts kinderporno kijkt, kan nu geen ontzetting uit het ambt of beroep worden gevorderd. Een pastoor bekleedt geen ambt als bedoeld in art. 251 lid 1 Sr; hij kan niet worden gezien als een ambtenaar, want godsdienstuitoefening is geen staatstaak, zodat ontzetting uit het ambt niet aan de orde is. Ingevolge art. 251 lid 2 Sr is ontzetting uit het beroep niet mogelijk, als het delict niet is begaan *in* het beroep. Het lijkt mij dat die artikelen nu te zeer beperkend zijn en meer zouden moeten worden toegesneden op de zedentitel.

3.5 Verkrachting en aanranding (art. 242 en 246 Sr)

> Artikel 242 Sr
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

> Artikel 246 Sr
> Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

#158 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 242 Sr zo op te stellen dat duidelijker blijkt dat situaties waarin het seksueel binnendringen veroorzaakt is door factoren die zich op het moment van binnendringen niet manifesteren en die niet gepaard gaan met zichtbare weerstand onder het bereik van de bepaling vallen. (O1)

- In het genoemde geval kan het lastig zijn een veroordeling te realiseren. (O1)
- Er is veel nodig om het bestanddeel 'enige andere feitelijkheid' in te vullen. (O1).

Officier 1
Het enige waar ik aan denk zijn situaties waarin vooral de psychische problematiek speelt. Iemand die zich heel afhankelijk heeft gemaakt of is van een persoon en die daardoor eigenlijk gedwongen wordt dit te ondergaan. Dan denk ik bijvoorbeeld aan een hele langdurige relatie waarin iemand eindeloos is gekleineerd en ook nog financieel afhankelijk is en het dus telkens maar heeft voort laten bestaan. Dat kunnen we wel wegschrijven onder 'geweld' of 'een ander feitelijkheid', maar dat vinden we nog wel een hele lastige. Dat is wisselend hoe daar door rechters tegen aangekeken wordt. Vaak kan je voldoende in het onderzoek naar voren halen hoe de omgeving die relatie ziet. Soms is het natuurlijk ook helemaal niet bekend voor die omgeving, familie of vrienden. Dan is het soms voor rechters – denk ik – lastig voor te stellen dat je een knop om kan zetten en het dus maar laat gebeuren zonder echt tegenstand of weerstand te bieden. Het is niet zo dat we het er niet mee halen hoor, maar dat zou misschien nog wel meer tot uiting gebracht kunnen worden als je daar ook een passend bestanddeel voor zou kunnen krijgen. Dus het dwangmiddel op zich is niet tastbaar. We gebruiken daar vaak 'een andere feitelijkheid' voor, maar dan gaan we dat toch weer met een hele uitgebreide zinsnede onderbouwen. Het leeftijdsverschil of het jarenlang ondergaan van allerlei beledigingen en eventueel mishandelen. Dan is er misschien dan wel weer geweld, maar dat zit niet rond het seksueel binnendringen zelf. Het gaat er aan vooraf. Het wordt ook wel gevolgd als je het daaronder wegschrijft. En dan uiteindelijk hebben we als slotsom zo iets als: 'aldus voor die persoon een dreigende situatie heeft doen ontstaan waardoor die zich er niet aan kon onttrekken'. Er is wel sprake van dwang, maar het is niet zo concreet dwingen als dat je iemand de keel dichtknijpt of vastbindt of dat moet ondergaan. Het is psychische dwang. Er is heel veel aan voorafgegaan, waar als het uiteindelijk om de verkrachting zelf gaat het gewoon wordt ondergaan en op dat moment geen weerstand geboden wordt. Ik vind het lastig te bedenken wat de wetgever zou kunnen doen om dit makkelijker te maken, want je kan zeggen: 'een andere feitelijkheid is toereikend'. Maar je hebt daar veel voor nodig om dat in te vullen. Die feitelijkheid, is dat voldoende duidelijk? Je moet die periode dus omschrijven van waaruit uiteindelijk die psychische oorlogsvoering is opgebouwd en uiteindelijk iemand zich volledig overlevert aan de verdachte en het dus maar ondergaat. Terwijl rond het daadwerkelijk verkrachten dan geen weerstand wordt geboden.

#159 Overwogen zou kunnen worden de in art. 242 en 246 Sr opgenomen dwangmiddelen uit die artikelen te verwijderen. (Lindenberg) (zie #160)

- Uit zowel de wetsgeschiedenis als de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt een zo ruime invulling van het bestanddeel ‘een andere feitelijkheid’ dat de dwangmiddelen als geheel geen toegevoegde waarde meer lijken te bezitten. (Lindenberg)

- Door het verwijderen van de dwangmiddelen behoren niet alleen veel onnodige processuele besognes tot het verleden, maar wordt ook het onterechte signaal weggenomen dat bepaalde vormen van opzettelijk afgedwongen seks niet strafbaar zijn. (Lindenberg)

- Door de betekenis van het bestanddeel ‘dwingen’ vallen sommige strafwaardige gedragingen thans niet zonder meer onder art. 242 en 246 Sr. Door deze omstandigheden valt niet te verwachten dat de behoefte aan wettelijk geformuleerde dwangmiddelen terugkeert. (Lindenberg)

Lindenberg (document)[52]
‘De talrijke, meerduidige en onderling verschillende bronnen waaruit de betekenis van het bestanddeel ‘feitelijkheid’ telkens weer kan worden geput, geven het bestanddeel een raadselachtig karakter. Uit de jurisprudentie van het afgelopen decennium valt echter af te leiden dat de Hoge Raad de bakens heeft verankerd en heeft gekozen voor een zeer ruime interpretatie. (…)

(…) Een duidelijke consequentie van een dergelijke interpretatie is dat de bestanddelen *feitelijkheid* en *dwingen* ‘interpretatief in elkaar schuiven’ en aan het eerste geen zelfstandige betekenis meer toekomt. Sterker nog, omdat in het bewijs van dwang kennelijk het bewijs van ten minste één van de dwangmiddelen ligt besloten (er is dan immers sprake van ofwel een bijzonder dwangmiddel, ofwel van een ‘andere feitelijkheid’) hebben ook de dwangmiddelen als geheel geen zelfstandige betekenis meer. Art. 242, 246 en 284 Sr zijn door de onderhavige ontwikkeling gelijk te stellen aan zuiver materiële delicten, zoals art. 287 Sr (doodslag). De manier waarop de verdachte het gevolg (de dwang resp. de dood) heeft veroorzaakt, is niet van invloed op het intreden van aansprakelijkheid. Omdat de middelen in de dwangbepalingen blijkbaar geen toegevoegde waarde meer bezitten, maar nog wel voor de nodige strafvorderlijke complicaties kunnen zorgen (onnodige indringende ondervragingen van slachtoffers en verwikkelingen rond de tenlastelegging en bewezenverklaring) zou het in beginsel aanbeveling verdienen de dwangmiddelen uit de betreffende bepalingen te verwijderen. Dit bepleitten De Hullu en Van der Neut al eerder voor de beide zedenbepalingen. Maar of dat ook daadwerkelijk een verstandige keuze is, hangt af van de vraag in hoeverre de ruime interpretatie kan worden toegejuicht en mag worden verwacht dat zij in de toekomst wordt bestendigd. (…)

Dat in de rechtspraak de grenzen van de ‘feitelijkheid’ in de artt. 242 en 246 Sr zo ruim zijn getrokken, is verklaarbaar en verdedigbaar. Door de he-

52 Lindenberg 2007, p. 215-217 (voetnoten weggelaten).

dendaagse waardering van het recht op seksuele zelfbeschikking is in ons maatschappelijk bewustzijn niet eerst sprake van de 'rechtsdelicten' verkrachting en aanranding bij het *op specifieke wijzen* afdwingen van seksuele handelingen, maar al bij het afdwingen van seksuele handelingen op zich. Als duidelijk is dat de verdachte opzettelijk het slachtoffer bepaalde seksuele handelingen heeft laten plegen of dulden tegen zijn wil en zonder dat hij in de positie was eenvoudig anders te bepalen, is daarom aannemelijk dat ook bij de rechter de aanvankelijke drang zal bestaan dit als verkrachting dan wel aanranding aan te merken. Een dergelijke teleologische interpretatie wordt bovendien vergemakkelijkt door het vrijblijvende lexicale bereik van het woord 'feitelijkheid'. Evenwel zal de rechter bij zijn beslissing ook andere factoren betrekken, met name de wetsgeschiedenis. Juist bij de zedenbepalingen hecht de strafrechter traditioneel veel waarde aan de bedoeling van de wetgever bij het opstellen van de bepaling. Maar ook in dat licht is de ruime interpretatie begrijpelijk: hoewel de herzieningsgeschiedenis van art. 242 en 246 Sr (1991) niet uitblinkt in helderheid, geeft zij toch aanleiding het geïntroduceerde begrip 'feitelijkheid' extensief te interpreteren, althans zijn er, als voorzichtiger aanname, in die wetsgeschiedenis geen signalen die nopen tot een beperkte interpretatie. De rechter zal zich in dat opzicht dan ook niet gebonden voelen. Voorts zullen de grenzen van art. 242 en 246 Sr vermoedelijk onder druk blijven staan, ook al worden de middelen uit die artikelen verwijderd. Het bestanddeel 'dwingen' voorkomt op dit moment bijvoorbeeld dat bepaalde ernstige gevallen van seksuele misleiding passend door het strafrecht worden gedekt. Dit geldt eveneens voor seksueel misbruik waartegen men zich (als meerderjarige, niet-ondergeschikte) zonder al te veel moeite had kunnen verweren. Door deze tendens valt niet te verwachten dat de behoefte aan de dwangmiddelen ooit terugkeert. Al met al stuit het dan ook niet op bezwaren dat de rol van de dwangmiddelen in art. 242 en 246 Sr is uitgespeeld en lijkt het verwijderen van de middelen uit die artikelen inderdaad alleen voordelen te bieden. Niet alleen behoren dan veel onnodige processuele besognes tot het verleden, ook wordt het onterechte signaal weggenomen dat niet aan elk dwangmiddel even zwaar wordt getild.'

#160 Contra. Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of het in art. 242 Sr opgenomen bestanddeel 'een andere feitelijkheid' het artikel niet een te ruim bereik geeft. Voor zover de strafmaxima van andere delicten die tevens betrekking hebben op situaties die nu op kwestieuze gronden onder art. 242 Sr worden gebracht het niet toelaten een adequate straf op te leggen, zou overwogen kunnen worden die strafmaxima te verhogen. (A3) (zie #44, #135, #135H en #159)

- Het bestanddeel 'een andere feitelijkheid' in art. 242 Sr wordt te ruim geïnterpreteerd. (A3)

- Veel van de gevallen die onder 'een andere feitelijkheid' worden gebracht zijn reeds strafbaar op grond van andere strafbepalingen. (A3)

Advocaat 3
Ik vind dat 'de andere feitelijkheid' soms zodanig wordt opgerekt dat je eigenlijk bijvoorbeeld een aantal artikelen niet eens meer nodig zou hebben, bijvoorbeeld 249. Ik vind dat te veel van de situaties waarin eigenlijk 249 is bedoeld, worden gebracht onder 242 en dat de enkele gezagrelatie al wordt gebruikt om aan te geven dat er sprake is geweest van 'een andere feitelijkheid' en dus eigenlijk van geweld. Ik roep heel vaak in de rechtszaal: 'we hebben nou juist 249…' Het is wel strafbaar, want hij gebruikt zijn macht als therapeut of zo om dingen voor elkaar te krijgen, maar 242 is bedoeld voor andere situaties. Door die uitbreiding naar 'een andere feitelijkheid' is 242 zo ruim geworden dat er dingen onder vallen die eigenlijk qua strafwaardigheid onder een andere bepaling zouden moeten vallen. Het is lastig daar een oplossing voor te vinden, want dit is natuurlijk door de jurisprudentie zo gebeurd. Kijk, er zijn natuurlijk altijd situaties denkbaar dat er niet echt daadwerkelijk sprake is van geweld of dreiging met geweld en de vraag is dan of niet voor al die andere situaties er ook andere delictsomschrijvingen zijn. En als je vindt dat die niet voldoende basis bieden omdat de strafmaat te laag is, dan moet je daar iets aan doen. Als bijvoorbeeld een dokter op een norse dwingende toon zegt 'ga gebukt staan', dat wordt dan 'een andere feitelijkheid'. Of iemand die met iemand in een auto de deur op slot doet, zodat de ander niet weg kan. Je zou er eigenlijk heel erg over moeten nadenken of een beperk aantal categorieën te noemen zijn die daar nog in kunnen, maar voor een groot aantal denk ik dat je andere artikelen hebt die ook voldoende zijn. Art. 242 wordt nu te ruim geïnterpreteerd. En dat zie je natuurlijk ook met die tongzoenjurisprudentie. Daar heeft uiteindelijk na heel veel moeite de Hoge Raad een stokje voor gestoken.

Er was een tijdje geleden de discussie – volgens mij was dat in die Amsterdamse Zedenzaak – dat het misbruik was met binnendringen en dat er dan een petitie komt om te zeggen: 'al die zaken moeten natuurlijk verkrachting genoemd worden'. Ik snap de emotie wel, maar we vinden het al hartstikke strafwaardig als je ontuchtige handelingen pleegt met binnendringen. Dat is gewoon een strafbaar feit; daar staan forse straffen op. Die onderbuik zegt dan: 'nee dat moet…' Ik denk dat dat ook een beetje samenvat waar de knelpunten zitten. Want elke keer als je daar kritisch naar wilt kijken, dan spreekt natuurlijk meteen die onderbuik van: 'natuurlijk is dat verkrachting; daar is geweld voor nodig'. En als je een beeld ziet van een heel jong kind en een piemel, daar moet je natuurlijk ook niet aan denken, maar daar hoeft niet per se geweld voor te worden toegepast en ook geen andere feitelijkheid, dus daar zit gewoon verschil in. Dat zit ook in de wet, alleen door de praktijk wordt dat een beetje weggeduwd.

#161 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 242 Sr toe te spitsen op het ontbreken van instemming. (O3; R4; RK; RK-doc)

- Het dwangvereiste en de dwangmiddelen van art. 242 Sr werpen te hoge drempels op. (O3)

- Het komt regelmatig voor dat mensen zich verkracht voelen, hoewel dat juridisch gezien niet als verkrachting bestempeld kan worden. (O3)

- Indien er sprake is van een niet-vergunde instelling, dan kan in veel gevallen worden aangenomen dat de prostituee de seksuele handelingen op onvrijwillige basis verricht. Indien het ontbreken van instemming centraal staat in art. 242 Sr, dan is het gemakkelijker de klant die verwijtbaar gebruikmaakt van de diensten van een niet-vergunde instelling te vervolgen wegens verkrachting. (R4)

#162 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 242 Sr zo op te stellen dat meer aansluiting wordt gezocht bij het perspectief van het slachtoffer. Dat zou bijvoorbeeld gestalte kunnen krijgen door 'schuld' of 'roekeloosheid' in de delictsomschrijving op te nemen. (RK) (zie #163)

#163 Contra. Het verdient geen aanbeveling een culpose verkrachtingsbepaling te introduceren. (O3; R4) (zie #91 en #162)

- Een culpose verkrachtingsbepaling bergt het gevaar in zich dat gevallen waarin gebrek aan instemming onvoldoende kenbaar is onder het bereik van de bepaling worden gebracht. (O3)

Officier 3
Ik weet dat in andere landen het ontbreken van vrijwilligheid het criterium is. Er zit een groot gat tussen het dwingen en het verder gaan zonder vrijwilligheid. Dat is ook in de beleving van mensen het geval: heel veel mensen voelen zich verkracht die dat juridisch niet zijn. Situaties waarbij bijvoorbeeld meiden van achttien die geen relatie met iemand hebben zijn betrokken en die meiden zeggen dat ze verstijven als iemand veel verder gaat dan dat zij willen. Dan zeggen ze: 'hij zou toch moeten merken dat ik dat niet fijn vond, want ik deed zelf helemaal niet mee en ik lag als een plank'. Dat is ook bekend dat dat ook een effect kan zijn. Zeker bij mensen die al eerder iets hebben meegemaakt. Die kunnen verstijven van schrik. Daarvan kan ik niet bewijzen dat diegene een verkrachting heeft gepleegd, want er is geen geobjectiveerde dwang geweest. Er is alleen het – waarschijnlijk wel te objectiveren – ontbreken van instemming. Dat is niet strafbaar. Het dwingen is echt wel een hoge eis. Ik zou iets lager gaan zitten denk ik. 'Opzettelijk zonder instemming' zou denk ik wel een mooie term zijn. Dat zou wel ruimte geven. Dan ben je ook

van al die ellende van die feitelijkheid en zo af. Er zit nog een laag in; het moet ook nog door geweld en door een andere feitelijkheid. En je zou ook kunnen zeggen ‘als jij gewoon seks hebt met iemand, terwijl je weet dat diegene dat niet wil’, dat op zich is al strafbaar. Als je dat dan ook nog bewerkstelligt door allerlei nare dingen te doen, zoals slaan en weet ik veel wat, dan zou dat strafverhogend kunnen zijn.

Er is een geval van een meisje van veertien á vijftien en hij had met haar een sm-relatie. We hadden beelden en het kind was doodsbang. Dat kon je gewoon zien. Maar ze lag er gewoon en ze was niet vastgebonden. Ze werd wel geslagen, maar niet heel hard of zo, gewoon zo’n tik. Het was niet een dwang dat ze daardoor die handelingen ging doen. Ik heb toen beargumenteerd dat die hele constructie waarin zij was en dat zij gewoon evident doodsbang was en niet blij en hij al die dingen deed, dat je dat onder dwang zou moeten kunnen scharen. Dat was het niet volgens de rechtbank, omdat zij daar vrijwillig was.

Het komt regelmatig voor dat mensen zich verkracht voelen, terwijl dat juridisch gezien niet het geval is. Bij het Centrum Seksueel Geweld in Nederland krijg je nu ook *x* mensen die zich dan melden dat ze verkracht zijn. Die aantallen van vrouwen die rapporteren verkracht te zijn, zijn veel hoger dan de vrouwen die aangifte doen. Dan kan een conclusie zijn ‘ze komen niet door die meldingenzeef heen van de politie’, maar dat heeft er ook mee te maken dat die zeef zo fijnmazig is omdat de wet de drempel zo hoog legt. Er wordt wel gezegd ‘de politie schrikt heel erg af omdat het proces zo zwaar is en het duurt allemaal zo lang en je hebt er eigenlijk helemaal niks aan’, maar het is ook de beleving in de samenleving wanneer iemand zich verkracht voelt en wat juridisch verkrachten is. Bij het beeld van verkrachting hebben mensen altijd het beeld van die man in de bosjes met die touwen, of wat ze zich daarbij maar voorstellen. Dat is het eigenlijk nooit. Dat komt bijna niet voor. Ik weet wel dat heel veel vrouwen het veel vaker als verkrachting ervaren dan dat de wet dat zo ziet.

[*Hoe staat u eigenlijk tegenover culpose verkrachting, waarbij iemand redelijkerwijs had moeten vermoeden dat deze persoon niet wilde?*] Ik ben geen voorstander van culpose verkrachting. Je moet ook wel een beetje aan de mannen denken. Dat is het risico ervan. Je ziet ook heel veel aangiftes waarvan je denkt: ‘ja, kom op!’ Je mag ook wel van volwassen mensen verwachten dat ze een bepaalde assertiviteit hebben of zo. Tegelijkertijd weten we – dat is weer een ander aspect – dat mensen die al eerder misbruikt zijn die assertiviteit vaak kwijt zijn of ze zijn soms gewoon heel dubbel in hun signalen. Je loopt het risico dat als je het artikel te ruim maakt, dat je mensen die zich eigenlijk van geen kwaad bewust zijn toch onder de strafwet laat vallen. Nu zijn er wel een paar die de dans ontspringen, omdat je wel denkt van: ‘nou, dat is wel iets meer dan niet heel netjes geweest, wat jij gedaan hebt’. Mensen kunnen er veel schade van hebben. Het is mogelijk wel een reden om het wat ruimer te maken, maar je moet wel oppassen want mensen moeten ook niet vogelvrij worden. Dat zou ook niet goed zijn. Wat de balans is, weet ik niet zo goed.

Ik weet ook niet zo goed waar de grens zou moeten liggen, maar ik weet aan de hand van de voorbeelden wel waar de dilemma's zitten; waar je gewoon wel gevallen ziet waarvan je denkt van: 'ik weet niet zo goed het antwoord, moet je het dan maar strafbaar stellen?' Mag je van mensen verwachten dat ze dan op zo'n moment gewoon zeggen: 'nee, ik vind het toch niet zo'n goed plan; hou maar op'? En als er dan 'nee' gezegd is, dan ben je er eigenlijk al als je opzet op het gebrek aan instemming eist. Maar voor heel veel mensen is het ook lastig om 'nee' te zeggen op zo'n moment.

Officier 5
Het helemaal objectiveren van verkrachting gaat mij te ver hoor. Want je hebt toch ook wel heel veel situaties met wervende slachtoffers, en slachtoffers die hele onduidelijke situaties laten ontstaan waarvan je zegt: 'hier kan toch niemand uit afleiden dat jij dat niet hebt gewild'. Ik denk dat dat te ver gaat. Als je dat helemaal objectiveert, is iedereen aan de goden overgeleverd. Dus dat gaat te ver.

Rechter 4 (naar aanleiding van een vraag over het pooierverbod)
Als de wetgever het pooierverbod invoert, dan zou de wetgever een signaal kunnen geven dat je een groot deel van de prostitutie als ontucht beschouwt. Mijn benadering zou zijn: waar sprake is van een vergund bordeel, daar zou je ook niet moeten spreken van ontucht. Dan moet je in ieder geval als uitgangspunt nemen dat de vrouwen die daar werken dat vrijwillig doen en dat er dus geen sprake is van ontucht of verkrachting. Maar op het moment dat prostitutie buiten vergunde inrichtingen plaatsvindt, moet je ervan uitgaan dat het in beginsel illegaal is en kun je er ook niet meer van uitgaan dat vrouwen zich vrijwillig aan dat beroep onderwerpen. Temeer waar sprake is van mensenhandel, dus van bewijsbare bestanddelen uit art. 273f, zou je inderdaad wel de stelling kunnen betrekken dat iedere keer dat er sprake is van prostitutie er ook sprake is van verkrachting of ontucht. Op het moment dat er sprake is van bestanddelen als 'dwang' of 'misbruik van omstandigheden' – zeg maar strafbaarheid onder art. 273f – dan zou je dus ook dat pooierverbod kunnen zien als een soort vorm van medeplichtigheid aan het plegen van een zedendelict als zodanig. Dan kun je namelijk niet stellen dat er sprake is van vrijwilligheid in de prostitutie. Je zou dus eigenlijk dubbel kunnen vervolgen. Je zou dus kunnen vervolgen voor 273f, maar je zou dus ook kunnen vervolgen voor klassieke zedendelicten, omdat je dan medepleger bent van het tegen iemands wil blootstellen van de vrouw aan ontucht of aan verkrachting. En dan wordt het een variant van medeplegen. Dat is een consequentie die tot nu toe nooit is getrokken, maar die zou je inderdaad wel kunnen trekken op het moment dat je de conclusie kunt trekken in een bepaald geval dat die vrouw geen toestemming geeft en daarmee zou dus ook de klant in een strafbare sfeer terechtkomen voor zover die dat weet of zich dat moet realiseren. De klant is een probleem dat losstaat van het pooierverbod. Dan zou je kunnen zeggen dat als je als klant naar een vergunde instelling gaat, dan zit je *safe* in beginsel. Maar ga je buiten dat circuit, dan heb je op zijn minst genomen

voorwaardelijk opzet op de mogelijkheid dat de prostituee dat niet vrijwillig doet of slachtoffer is van mensenhandel en dan zou je natuurlijk daar ook wel een strafbaarstelling voor kunnen overwegen.

Je zou kunnen zeggen dat de klant misbruik maakt van omstandigheden. Of hij pleegt dan een zedendelict, want als je weet dat iemand slachtoffer is van mensenhandel, dan is jouw daad ook een verkrachting. Wetssystematisch bezien zou het wel interessant zijn om er eens over na te denken. Want als je inderdaad het toestemmingsvereiste centraal stelt, dan levert het gebrek aan toestemming dan ontucht of verkrachting op. En gebrek aan toestemming kun je dus ook zo verstaan dat waar sprake is van mensenhandel en er een bewustzijn daarvan is – en dat bewustzijn moet daar zijn op het moment dat je buiten een vergunde instelling terechtkomt – dat je dan systematisch zou kunnen zeggen dat dat een rechtvaardiging voor strafbaarstelling van de klant is. Als hij het weet, dan zeker, maar dat zal je niet zo makkelijk kunnen bewijzen. En als hij het niet weet, maar wel reden heeft te vermoeden – en je hebt reden te vermoeden als je in bepaalde omstandigheden naar illegale bordelen gaat – dan zou je kunnen zeggen, dat is ook een goede reden om daar strafbaarstelling voor aan te nemen en dan kom je ook eerder bij bewijsbaarheid van zedendelicten. Dat zou dus een argument zijn om te overwegen die verkrachtingsbepaling meer op de toestemmingsleest te schoeien, want dat zit er natuurlijk toch altijd achter. En gebrek aan toestemming kan natuurlijk ook omvatten – en als strafverzwarende omstandigheden kun je dat geweld natuurlijk nemen – als iemand een ander probeert te overreden om, en die laat het gebeuren, dat is natuurlijk dan de minst vergaande variant van verkrachting. Misschien dat je daar dan ten opzichte van de huidige bepalingen een schemergebied gaat creëren. Sommige mensen weten niet of ze toestemming hebben gegeven of niet; die kunnen dat niet onder woorden brengen en dat is nu natuurlijk min of meer geobjectiveerd in de bestanddelen als geweld en feitelijkheid. Al laat je het bij toestemming meer van de aangeefster afhangen; van de vraag of zij vindt dat sprake was van toestemming of niet.

Rechter 4 (naar aanleiding van art. 242 en 246 Sr)

Of je een culpoos verkrachtingsdelict wilt invoeren, is een kwestie van rechtspolitiek, want je hebt natuurlijk heel veel gevallen die niet strafbaar zijn. Schemergevallen waarbij mensen het niet precies weten of omdat ze alcohol hadden gedronken en niet precies weten of ze nou vrijwillig of niet-vrijwillig iets gedaan hebben. En dat zou toch wel bezwaarlijk zijn om dat onder zo'n strafbepaling te gaan brengen en met die culpose variant zit je daar natuurlijk onmiddellijk mee. Want als je dan met iemand naar bed gaat, iemand verleidt waarvan je weet dat ze vijftien biertjes heeft gedronken, dan zit je al gelijk in de culpose variant. Dat ze een kater heeft en ze achteraf denkt: 'wat is er gebeurd?' Dat is natuurlijk toch onbevredigend; dat is riskant. 'Feitelijkheid' is een problematisch begrip. De jurisprudentie vindt daar wel een weg in, maar feitelijkheid kan al heel gauw iets zijn. Een gezellig avondje uit, je hebt een hele fles wijn leeggeschonken en dan ga je zeggen van

'nou kom op, kom op!' En overreden is al gauw een feitelijkheid in combinatie met alcohol. Bij verkrachting zit ik daar dus over te aarzelen. Want in wezen wil je dat dus eigenlijk niet te veel oprekken, omdat het een heel zwaar delict is en het door zijn formulering al zo bij uitstek een opzetdelict is dat het gek is daar een culpose variant van te maken.

Renée Kool

In beginsel ben ik voorstander van culpose verkrachting, maar ik zie ook dat dat wel *tricky* wordt. Je zou zoiets in ieder geval wel willen vanuit een *gender perspective*, maar er zijn ergens natuurlijk ook grenzen in de opportuniteit van wat je moet doen. En de spelregels van het recht zorgen op een gegeven moment altijd voor bewijsproblematiek, zeker bij dit soort delicten. Ik vind art. 242 Sr wel lastig, omdat 'dwingen' zo vanuit de verdachte wordt geïnterpreteerd – door de invulling van het opzet – en niet vanuit het slachtoffer. In die zin is 'dwingen' bij ons zo strikt.

Een strafbaarstelling gebaseerd op gebrek aan instemming, zoals Engeland, daar zie ik wel wat in. Die in België is ook op instemming gebaseerd, maar wel heel strikt en ik vind dat je zelf ook nog een zorgplicht hebt. Kijk, je hebt het hier ook niet over minderjarigen, hè. Mensen moeten ook in zekere zin voor zichzelf opkomen en niet alles aan een ander overlaten. Ik vind die Engelse strafbaarstelling interessanter, omdat die een soort stappenplan voor de burger voorschrijft. Dat zou bewijstechnisch – ook voor aanranding – een handvat bieden en ook een publieke instructie. En als je deze stappen zelf afloopt en die negatief beantwoordt, maar desalniettemin doorgaat… Daaruit construeer je dan in feite het opzet op het niet-willen, maar eigenlijk is het bijna de culpa. In dat verband vind ik zeker de roekeloosheid ook wel strafwaardig, gelet op de rekening die je presenteert. In ieder geval voor art. 242 Sr zou ik dus zeggen: 'ook zo'n soort stappenschema maken'. Dus helder maken hoe je komt tot dat dwingen, zodat je dat hele beperkte, die hele precieze interpretatie van 'dwingen' openbreekt. En ik vind dat je dat dan publiekelijk kunt maken. Dan spreek ik mezelf tegen, want niemand gaat 242 lezen, maar je kunt het in ieder geval leren.

Renée Kool (document)[53]

'Juist in een tijdsbeeld dat doordrenkt is van ogenschijnlijke seksuele permissiviteit, met het daaruit voortvloeiend risico op versluierde vormen van seksueel geweld, is het – zoals het EHRM aangeeft – zaak het vereiste van consensualiteit op heldere wijze in de (uitleg van de) wet tot uitdrukking te brengen.

(…) Nu dwingt de rechtspraak van het EHRM niet tot aanpassing van de wettekst (…). De door mij beoogde omslag is evenwel principieel van aard en behoeft daarom het akkoord van de wetgever.'

53 Kool 2008, p. 228-229.

#164 Overwogen zou kunnen worden het onverhoeds handelen dat nu door de jurisprudentie onder de bestanddelen 'dwingen' en 'ontuchtige handelingen' in art. 246 Sr wordt geschaard rechtstreeks in de wet te benoemen. Dat zou gestalte kunnen krijgen door een minder zware strafbepaling dan aanranding te creëren, die betrekking heeft op het onverhoeds onzedelijk betasten van een ander. (O3)

- Het delict aanranding is een te zware kwalificatie voor het onverhoeds onzedelijk betasten van andere personen. (O3)
- Het bestanddeel 'dwingen' wordt door de rechtspraak bijzonder ruim geïnterpreteerd. Onverhoeds handelen kan eigenlijk niet als dwang beschouwd worden, omdat de persoon zich nog geen mening over de gedraging heeft kunnen vormen. (O3)
- Het bestanddeel 'ontuchtige handelingen' wordt door de rechtspraak bijzonder ruim geïnterpreteerd. De minst ingrijpende vormen van de handelingen die door de rechtspraak als 'ontuchtige handelingen' worden bestempeld, zouden wellicht beter gekarakteriseerd kunnen worden als 'onzedelijke handelingen'. (O3)

Officier 3
Ik heb nog wel een opmerking over dat vreselijke 'onverhoedse'. Dat onverhoedse is een mooie omzeiling van het dwingen geweest, maar het is een rare vorm. Je dwingt iemand om het te ondergaan, tot het dulden, doordat je het eigenlijk niet voor kon zijn. Dat is eigenlijk helemaal niet dwingen in de zin van dwingen. Het is al gebeurd voordat je er een mening over kon vormen. Dat is voor de billenknijpers zeg maar. Maar laten we – als we toch aan het opruimen zijn – dat ook zo benoemen. Het is de dwang die hier gewoon door de jurisprudentie heel erg is opgerekt waardoor je er in de praktijk wel mee uit de voeten kan, maar eigenlijk zou je dat moeten codificeren inderdaad.

Een tweede punt betreft de ontuchtige handelingen. Er wordt hier ook vrij ruim geïnterpreteerd. Onzedelijk betasten is al snel 'ontuchtige handelingen', maar eigenlijk is onzedelijk betasten ruimer dan 'ontuchtige handelingen'. Je zou misschien kunnen denken aan een ander artikel. Aanranding is een zwaar delict; er staat acht jaar op, maar de billenknijpers en de borstenknijpers, al die types, krijgen gewoon zestig uur werkstraf. Dat is eigenlijk gewoon omdat het een ander feit is. Dat is gewoon het onverhoeds onzedelijk betasten van iemand anders, net zoals een eenvoudige mishandeling. Dus dat zou een apart delict kunnen zijn, want eigenlijk is het een te zware kwalificatie voor het gedrag. Ze staan bij ons ook bij de PR of we doen ze naar de TOM-zitting, maar je hebt wel aanranding op je documentatie staan. In een dronken bui…, het is niet fijn, dat moet je niet doen. Net zoals je eens een keer iemand een mep geeft in een kroeg: moet je niet doen. Of een fiets jatten: moet je ook niet doen. Maar heel veel zwaarder is het niet.

#165 Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor zowel verkrachting als aanranding. Aan deze delicten zouden dan strafverzwarende gronden, zoals leeftijd onder de twaalf jaar, leeftijd van twaalf tot zestien jaar, het ontstaan van lichamelijk letsel, het gepleegd zijn door verenigde personen of het maken van een gewoonte kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #47, #56, #56H, #107, #107H, #144, #144H, #145, #145H en #180)

Officier 5

Ik vind dus dat je in die kolommen moet werken en de strafverzwarende omstandigheden moet je in de leden eronder zetten. De artikelen zijn verder prima, maar het is een beetje te veel van hetzelfde. Ik denk dat je het verkrachtingsartikel als basis moet nemen voor een seksueel binnendringen delict. Ik denk dat wij met z'n allen vinden dat ontuchtige handelingen een lichte variant is en dat seksueel binnendringen op de een of andere manier een zware variant is. De hele tongzoenkwestie kan je daar bijvoorbeeld ook in kwijt, dat het wel een beetje afhankelijk is van waar je dan seksueel binnendringt, op welke manier of met welke intentie. Dus ik denk dat je het verkrachtingsartikel juist als kern moet nemen en allerlei andere artikelen die allerlei noties hebben die ook onder verkrachting vallen daaronder brengen en dat dus in die verschillende leden brengen. Dus iedere keer er weer iets bij met de leeftijd, met de soorten van dwangmiddelen, met de gevolgen, lichamelijk letsel 'ja' of 'nee'.

Het gaat er gewoon om dat jij iemand tegen zijn wil dwingt tot seksuele handelingen die hij gewoon helemaal niet wil. Nou dat moet het centrale verkrachtingsartikel zijn en daaronder hang je dan alle gevolgen of alle omstandigheden van het slachtoffer of van de dader die dan strafverzwarend kunnen werken. Het gaat dan om dingen als de leeftijd van het slachtoffer, bijvoorbeeld onder de twaalf of twaalf tot zestien. Lichamelijke gevolgen kan je er dan bij zetten: of er lichamelijk letsel plaatsvond. Meerdere personen. Gewoonte van maken, meermalen gepleegd, dat soort dingen. Zeker als je het hebt over incestsituaties waar het gewoon jarenlang heeft bestaan, dat kan je dan ook daaronder brengen. Kijk, dat soort dingen kan je daar ook allemaal niet inzetten en dat dan aan de strafmaat overlaten, maar ik denk dat het gewoon voor het hele begrip van het artikel wel duidelijk is om dat aan te geven. Als je het hebt over de beschermingsgedachte om gewoon wel aan te geven: 'luister, dit zijn echt omstandigheden waarvan wij vinden dat die het allemaal nog een beetje erger maken'.

#144H Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor enerzijds binnendringen en anderzijds overige seksuele handelingen. Deze basisdelicten zouden vervolgens gekoppeld kunnen worden aan diverse strafverzwarende gronden, zoals dwang bij wilsbekwamen, leeftijd, onmachtigheid, geweld, bedreiging met geweld of het aan iemands zorg toevertrouwd

zijn. (A2) (zie #43, #69, #108, #108H, #122, #125, #125H, #144, #151 en #165)

#145H Bij het op voorgaande of andere wijze herzien van de wet zou overwogen kunnen worden de maximumstraf die gesteld wordt op het binnendringen bij een onmachtige op ten minste hetzelfde niveau als verkrachting te stellen. (A2) (zie #145 en #165)

Advocaat 2
Het is volkomen absurd dat als je dus onmachtig bent en er wordt bij je binnengedrongen, dan is het acht jaar en bij een volwassen vrouw die verkracht wordt is het twaalf jaar. Ik vind dat echt niet uit te leggen hoor. Ik zou denken dat het bij onmachtigen zwaarder moet zijn. Ik zou willen voorstellen: maak er een algemene strafverzwarende bepaling van. Volgens mij moet je het gewoon heel simpel doen. Volgens mij moet je gewoon zeggen van: we hebben zoiets als seksueel binnendringen – al dan niet met een dwangvariant – en de dwangvariant is er voor boven die leeftijd waarvan wij vinden dat je zelf kunt bepalen dat je seks hebt. En je hebt misschien nog iets als 'seksuele handelingen anderszins' die met minderjarigen strafbaar zijn. En laat dan strafverzwarend zijn als je dat doet met iemand aan je zorg toevertrouwd, maar ook als je dat doet met een onmachtige. Bij seksueel binnendringen bij mensen die het zelf kunnen bepalen, moet dat dwangelement erin zitten, maar daaronder niet. Dus voor mijn part zeg je: 'verkrachting is twaalf jaar, seksueel binnendringen is ook twaalf jaar, maar doe je dat met iemand beneden de twaalf, dan doen we bijvoorbeeld vijftig procent er bovenop; is die dan ook nog eens onmachtig, dan nog een derde er bovenop'. In de Robert M. zaak is daar nog heel veel gedoe over geweest in het begin, dat ook het OM daar een hele studie van heeft moeten laten maken van: 'kunnen wij dat nou eigenlijk wel stapelen?' Maar het enkele feit dat daar een studie van gemaakt moet worden, zegt genoeg. Dus dan moet de wetgever ook wel duidelijk maken dat je dus meerdere strafverzwarende omstandigheden kunt hebben. Ik denk dat je gewoon moet zeggen: je hebt een gronddelict en je hebt strafverzwarende omstandigheden. De strafverzwarende omstandigheid, die factor, moet je vermenigvuldigen met het gronddelict. En er kunnen meerdere strafverzwarende omstandigheden zijn, maar je moet het wel steeds met het gronddelict vermenigvuldigen. Als je als kerndelicten 'seksueel binnendringen' én 'seksuele handelingen overig' (dat heet nu 'ontuchtige handelingen') neemt, en dat je daar een derde bij opgooit als je dat met iemand doet die een verminderd bewustzijn heeft of onmachtig is. En dan zou je – als je dat wil – ook nog kunnen zeggen: 'voor al die delicten geldt dat als je dat met geweld doet of met bedreiging van geweld, dan nog een derde erbij'. Ik denk dat je gewoon misschien drie of vier gronddelicten moet creëren en de rest allemaal strafverzwarende omstandigheden. Dat maakt het leven een stuk eenvoudiger.

Daarnaast zou je er ook over kunnen denken om het feit dat een volwassen onmachtige, iemand die bijvoorbeeld verstandelijk beperkt is, aan ie-

mands zorg is toevertrouwd ook als strafverzwarende omstandigheid op te nemen. En het gebeurt wel bij een arts of een maatschappelijk werker, maar het gebeurt bijvoorbeeld weer niet bij iemand die zelf een zorgboerderij heeft. Dus het toevertrouwd zijn aan iemands zorg zou een aparte strafverzwarende omstandigheid moeten zijn.

#166 Overwogen zou kunnen worden een speciaal delict voor groepsverkrachting te creëren. Hierbij zou een maximumstraf van vijftien jaar op zijn plaats zijn. (A2)

- Groepsverkrachtingen zijn van een andere orde dan verkrachtingen door één persoon. (A2)

- Het hebben van een speciaal delict voor groepsverkrachting communiceert de strafwaardigheid duidelijker dan een strafverzwarende grond. (A2)

Advocaat 2
Als je denkt aan de hedendaagse groepsverkrachtingen, dat komt er niet apart uit en dat zou misschien wel moeten gezien de hoeveelheid daarvan. Ik denk ook dat je dat zwaarder moet bestraffen. Het valt nu ook wel onder de strafverzwarende gronden in 248, maar ik denk dat het goed zou zijn om dat toch als een gronddelict te benoemen omdat het met name de subcultuur van Antillianen en Surinamers veel rechtstreekser aanspreekt als je er echt een apart delict van maakt. Dat je zegt van: 'groepsverkrachting pakken we zwaarder aan'. Dat zeg je hier ook wel, maar veel minder duidelijk voor die jongens. Het komt echt meer voor dan dat mensen denken. Ik vind het ook naar zijn aard een ander delict worden, over het algemeen. Ook slachtoffers ervaren het anders. Therapieën die slachtoffers van een groepsverkrachting krijgen zijn anders dan van een enkelvoudige verkrachting. Ik zou dat wel een apart delict laten zijn. Op zich denk ik dat twaalf jaar voor een enkelvoudige verkrachting een goede straf is, misschien moet je hier vijftien jaar op stellen.

#167 Overwogen zou kunnen worden de term 'ontuchtige handelingen' in art. 246 Sr te vervangen door de term 'seksuele handelingen'. (A4)

- Art. 246 Sr wordt in sommige gevallen te ruim geïnterpreteerd. (A4)

- Alleen aanrakingen van schaamstreek of borsten zouden onder het bereik van art. 246 Sr moeten vallen. (A4)

Advocaat 4
Art. 246 en ontucht is af en toe wat vaag. Iemand in de billen knijpen. Is dat nou aanranding of niet? Van 'ontuchtig' in 246 kun je je afvragen of dat niet echt seksueel moet zijn. Het dulden van 'seksuele handelingen' in plaats van 'ontuchtige handelingen'. Dat maakt veel duidelijker dat… In iemand zijn

kuiten knijpen en daar iets geils bij roepen of zo. Dat vind ik eerder een vorm van mishandeling dan dat je iemand aan het aanranden bent. Met betrekking tot die term ontucht zou je kunnen overwegen of daar niet 'seksueel' moet staan. Dat daar de focus op ligt. Er worden nu wel gevallen onder de wet gebracht die er eigenlijk niet onder zouden moeten vallen. Er is bijvoorbeeld jurisprudentie over massages. Of iemand met een sportmassage nou net wel of net niet de schaamstreek heeft geraakt. Of dichtbij komen bij de schaamstreek, is dat nou ontuchtig of niet? Ik had wel meer die focus willen hebben op het aanraken van de schaamstreek of borsten. Zo niet, dan is er geen sprake van een aanranding.

#168 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of het in art. 242 Sr opgenomen bestanddeel 'seksueel binnendringen van het lichaam' van een duidelijke definitie moet worden voorzien. (A5)

Advocaat 5
Misschien moet er een nadere omschrijving komen van het begrip 'seksueel binnendringen'. Die materie, daar is wat over te doen geweest. Maar ook daarvoor geldt weer: als de rechtspraak de kaders aangeeft, noopt dat de wetgever tot aanpassing? De vraag is of de wetgever dat nader moet uitleggen uit het oogpunt van duidelijkheid. De Hoge Raad heeft de deur eerst opengezet en daarna weer dichtgegooid. Misschien is dat toch iets wat de wetgever zich aan moet trekken.

#169 Overwogen zou kunnen worden gevallen waarbij degene die seksueel binnendringt niet zelf de dwang heeft uitgeoefend onder het bereik van art. 242 Sr te brengen. (Notitie OM 2014; O1; NRM; R2) (zie #27)

Notitie OM 2014 (document)
'Als een vader zijn dochter dwingt tot het hebben van seks met hem, is de maximumstraf zestien jaar (12 jaar + een derde gezien artikel 248 lid 2). Als een moeder haar zoon dwingt tot het hebben van seks het haar, is de maximumstraf 10,6 jaar (8 jaar + een derde gezien artikel 248 lid 2). Het verschil is te verklaren uit het feit dat bij de dochter wordt binnengedrongen, terwijl de zoon wordt gedwongen binnen te dringen. Is het werkelijk minder ernstig als je gedwongen wordt tegen je zin bij een vrouw – je moeder – binnen te dringen? Dit is overigens geen verzonnen voorbeeld.

Het zou kunnen dat de wetgever met de woorden "dwingen te ondergaan dat wordt binnengedrongen in het lichaam" in het midden heeft willen laten om wiens lichaam het gaat, waarbij de mogelijkheid bestaat dat ook nu al strafbaar is iemand te dwingen binnen te dringen in het lichaam van een ander. De tekst laat echter ruimte voor verschil van inzicht op dit punt.

<u>Voorstel</u>: pas 242 in die zin aan dat ook het iemand dwingen tot seksueel binnendringen van de verdachte of een derde er onder valt.'

Officier 1 (naar aanleiding van art. 244 en 245 Sr)
Ik heb een opmerking te maken bij het seksueel binnendringen in 244 en 245 Sr. Daar is het plegen bij iemand onder de twaalf of onder de zestien waaronder het seksueel binnendringen strafbaar, maar het doen plegen bij de verdachte, dus een jongere dwingen bij de verdachte of een ander binnen te dringen, valt daar niet onder. Er is een situatie geweest waarin een jongen werd gedwongen om zijn moeder te penetreren. Als ik het zo snel zie, dan is die situatie daar niet onder te brengen. Het zou buiten twijfel gesteld moeten worden dat dergelijke gedragingen onder deze bepalingen vallen. Seksueel binnendringen was van oudsher zelfs alleen maar strafbaar bij de vrouw en later ook wel bij de man en bij andere lichaamsopeningen, maar ook deze situatie heeft zich voorgedaan.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (naar aanleiding van art. 244 en 245 Sr)
Wat we hier zien is het strafbaar stellen van bijvoorbeeld een vader die seksueel binnendringt bij een dochter. Maar er zijn ook moeders die hun zoon dwingen om bij hen seksueel binnen te dringen; dat valt hier niet onder. En ik denk eigenlijk dat met de kennis die we hebben over wat er gebeurt op het gebied van seksueel geweld tegen kinderen, dat dat hier ook thuishoort. Het moet duidelijk gemaakt worden dat dit net zo strafbaar is als andere gevallen, mannen die dit bij meisjes doen of jongetjes.

Rechter 2
Ik zou vinden dat verkrachting ook strafbaar zou moeten zijn als de dwang van een derde uitgaat; dat is nu niet het geval. Meneer A bedreigt en meneer B doet het. Dan heb je misschien medeplegen, maar op zich verwordt dat dan tot ontucht. De dader die heeft ontucht en geen verkrachting want het is de dwang van een ander. Dan zou je hem nog kunnen krijgen misschien voor medeplegen, maar dat is raar want hij is pleger.

Hier [leest voor uit Tekst en Commentaar[54]]: 'Indien het seksueel binnendringen wordt verricht door een ander dan degene die de dwang heeft uitgeoefend, is sprake van feitelijke aanranding van de eerbaarheid'. Gek hè? Ik vind dat raar. Misschien is het wel medeplegen van verkrachting, maar aan de andere kant heeft de Hoge Raad gezegd als het seksueel binnendringen door een ander verricht wordt dan degene die dwingt, dan is het feitelijke aanranding van de eerbaarheid. Ik denk dan 'nou hallo, dat vind ik niet zo grappig', dus daar zou iedere onduidelijkheid over weg moeten zijn vind ik.

#170 Overwogen zou kunnen worden geen geldboetes meer te stellen op de ernstigste misdrijven uit de zedentitel. (R2) (zie #188)

54 Zie aant. 6 bij art. 246 Sr.

- Het stellen van een geldboete op ernstige misdrijven als verkrachting en aanranding geeft het verkeerde signaal af. (R2)

Rechter 2
Ik begrijp werkelijk niet waarom de straf geldboete zou moeten staan of kunnen staan op dit soort delicten. Ik kan me niet herinneren, laat ik het zo zeggen, dat het ooit is voorgekomen dat wij een geldboete opleggen voor zo'n soort delict. Ik vind dat in ieder geval ten aanzien van de zware delicten, zoals verkrachting en aanranding, niet op zijn plaats. Volgens mij heb ik één keer een geldboete opgelegd voor niet zo'n ernstige zedenzaak bij iemand die anders enorm in de problemen zou komen met zijn werk omdat hij veel naar Amerika reisde. Maar dat zou je dus nooit bij verkrachting of bij aanranding doen en dat vind ik echt een verkeerd signaal afgeven.

#171 Overwogen zou kunnen worden één basisartikel te maken dat betrekking heeft op aanranding. Het seksueel binnendringen zou dan mogelijk als aparte strafverzwarende grond in de wet kunnen worden opgenomen. (R3; Clara Wichmann Instituut) (zie #45, #127, #127H en #147)

Rechter 3
Het zou op zich wel kunnen om binnendringen als strafverzwarende grond bij aanranding op te nemen. Het maakt het misschien qua tenlastelegging ook makkelijker nog als er meerdere handelingen gepleegd zijn die soms wel, soms niet, onder het een of het ander vallen. Het geeft soms echt wel gênante discussies, ook ter zitting, maar ook in raadkamer van: 'bij de schaamlippen is dat nou wel of niet binnendringen en waar zat hij dan precies?' Dat wordt er allemaal niet echt frisser op soms in die gesprekken. Nu zit je echt met de bewezenverklaring al van: 'hebben we nou wel of niet dat binnendringen?'

Clara Wichmann Instituut (document)[55]
'De ernst van het seksueel misbruik ligt niet zozeer in het onderscheid aanranding en verkrachting, maar hangt af van een complex aantal factoren, waaronder de mate van dwang en machtsoverwicht, en de context waarbinnen het seksueel misbruik plaatsvindt. Nu de dwangmiddelen hetzelfde zijn bij verkrachting en aanranding lijkt het ons beter om het oude voorontwerp uit 1984 nog eens te bezien op dit punt. Een delictsomschrijving seksuele dwang met een aantal strafverzwarende omstandigheden komt de eenvoud van de zedenwet ten goede.'

#172 Overwogen zou kunnen worden het delict 'verkrachting' weer te redigeren als delict dat alleen tegen een vrouw kan worden

---

55 K. Lünnemann namens het Clara Wichmann Instituut, 'Commentaar op het conceptwetsvoorstel Partiële wijziging zedelijkheidswetgeving (12 april 2000)', *Nemesis* 2000, p. 17. Lünneman heeft dit ook op persoonlijke titel bepleit. Zie K. Lünnemann, 'De gedwongen tongzoen en de genderlading van verkrachting', Nemesis 1999, p. 29.

gepleegd. Voor het overige zou er een gedifferentieerde bepaling inzake aanranding kunnen worden ontworpen. (Lünnemann)

Lünnemann (document; samenvatting)[56]
Lünnemann acht verkrachting van een vrouw en verkrachting van een man even ernstig, omdat het voor beiden een vernederende en traumatische ervaring is. 'Tegelijkertijd', zo stelt zij, 'is het een gemiste kans als we de genderlading van verkrachting ontkennen'. Daarbij doelt zij op de sekse-specifieke omstandigheid dat alleen vrouwen zwanger kunnen raken door seksueel geweld. Een zwangerschap ten gevolge van verkrachting, alsook de angst die voorafgaat aan het moment waarop zekerheid over de zwangerschap wordt verkregen, hebben verstrekkende gevolgen voor de vrouw, aldus Lünnemann. Zij is van mening dat 'verkrachting' weer moet worden opgevat als delict tegen de vrouw, zoals tot 1991 het geval was, met daarnaast een gedifferentieerde bepaling voor aanranding.

#173 Overwogen zou kunnen worden de rechter, in elk geval met betrekking tot in de zedentitel opgenomen strafbepalingen, minder gebonden te maken aan de grondslag van de tenlastelegging. Dat zou in de eerste plaats tot gevolg dienen te hebben dat de rechter bij een vrijspraak van het ten laste gelegde delict een andere bepaling in de zedentitel kan bewezen verklaren, ook als deze niet is ten laste gelegd. Dat zou in de tweede plaats tot gevolg dienen te hebben dat het de rechter vrijstaat een feit dat op zichzelf beschouwd wel tot een bewezenverklaring van een zwaar feit zoals verkrachting zou kunnen leiden nochtans te kwalificeren als een lichter feit zoals aanranding. (R4)

- Het kan zich voordoen dat de rechter tot een algehele vrijspraak moet komen, omdat het Openbaar Ministerie heeft nagelaten een op zichzelf beschouwd wel bewezen te verklaren andere bepaling in de zedentitel ten laste te leggen. (R4)

- Het kan zich voordoen dat de rechter min of meer gedwongen is een zware variant zoals verkrachting bewezen te verklaren, hoewel dat delict een te zwaar label oplevert voor de feiten en omstandigheden die zijn bewezen verklaard. (R4)

Rechter 4
Het zou mijn suggestie zijn om voor de kwalificatie de rechter dus meer vrijheid te geven. Dus als er verkrachting is ten laste gelegd en je kunt dat niet

[56] K. Lünnemann, 'De gedwongen tongzoen en de genderlading van verkrachting', *Nemesis* 1999, p. 30; R.S.B. Kool & K.D. Lünnemann, 'Onze ergste zaak moet nog komen. Herijking van de strafrechtelijke moraal', *Nemesis*, 2003, p. 196-197.

bewijzen, dan moet je dus zonder afhankelijk te zijn van de tenlastelegging naar een lichtere variant, naar de ontuchtvariant of aanranding kunnen gaan. Ik zou er zelf überhaupt voor zijn – maar dat is veel lastiger – om eigenlijk voor alle strafrechtelijke delicten een versoepeling te maken van de gebondenheid aan de tenlastelegging. Maar dat zou je ook specifiek voor alle delicten die in deze titel worden opgesomd kunnen doen. Daar moet je een goede formulering voor bedenken in de zin dat de rechter vrij is te kwalificeren voor alle delicten die in deze titel staan, ook al zijn ze niet uitdrukkelijk ten laste gelegd. Juist bij die zedendelicten is het altijd al wel zo dat je van die min of meer willekeurige omstandigheden hebt waarom je het ene bestanddeel wel en het andere bestanddeel niet kunt bewijzen. En zeker bij zedendelicten komt dat vaker naar voren, omdat het bewijs problematisch is.

Met het Tongzoenarrest heeft de Hoge Raad eigenlijk ook al een signaal gegeven dat je als feitenrechter wat meer ruimte zou kunnen nemen met dingen die niet typisch verkrachting zijn in het taalgebruik. Maar daar zitten ook wel vervolgingskeuzes achter. We hebben ook een zaak gehad waar een meisje een relatie had met een asielzoeker. Zij vond bepaalde dingen wel goed, dus met hem in bed liggen en hij mocht aan haar zitten, maar alleen op een manier zoals zij dat leuk vond. En die man raakte opgewonden en die probeerde haar dan toch te penetreren en toen begon ze te gillen en werd het halve huis op stelten gezet. En dat wordt dan als poging verkrachting ten laste gelegd, terwijl ze het wel goed vond dat hij naakt met haar in bed kwam liggen en hij mocht haar vingeren en hij mocht aan haar zitten. Dus menselijkerwijs kun je je afvragen of dat überhaupt wel (a) vervolgd moet worden en (b) of je dan poging verkrachting ten laste moet leggen. En dat zou je dus wel bewezen kunnen verklaren, maar ik zou dat dan eerder in een veel lichtere strafzetting willen bewezen verklaren. Nu moet de rechter formeel wel tot een bewezenverklaring komen of je moet sjoemelen en zeggen: 'we doen net of het niet bewezen is'. Maar dat is ook onbevredigend, omdat dan zo'n aangever of een getuige denkt van: 'heb ik hier zitten liegen?' Want dan moet je dus toch creativiteit aan de dag leggen en dat is ook vervelend. Je zou als rechter de keuze moeten hebben om iets als ontucht te kwalificeren, ook als verkrachting formeel bewezen verklaard zou kunnen worden.

#174 Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking expliciet in de zedentitel strafbaar te stellen. (Notitie OM 2014; O1; O2; A3; R2; Kooij) (zie #174H)

#175 Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking in schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) te incorporeren. (R2) (zie #175H)

- Heimelijk filmen met een seksuele strekking wordt na de recente jurisprudentie van de Hoge Raad niet langer adequaat gedekt door art. 246 Sr. (Notitie OM 2014; O1; O2; R2)

- Heimelijk filmen met een seksuele strekking op een openbare plaats wordt niet adequaat gedekt door art. 139f Sr. (Notitie OM 2014; O1; O2; Kooij)

- Heimelijk filmen met een seksuele strekking kan onder omstandigheden onder art. 240b Sr gebracht worden. Dit kan echter hoogstens beschouwd worden als een tijdelijke oplossing. (Notitie OM 2014)

- Het is van belang dat op het strafblad zichtbaar is dat iemand zich schuldig heeft gemaakt aan heimelijk filmen met een seksuele strekking. Dat kan bijvoorbeeld van belang zijn in verband met het verstrekken van verklaringen omtrent het gedrag. (Notitie OM 2014; Kooij)

- De strafbaarstelling van heimelijk filmen met een seksuele strekking is van belang om opsporingsactiviteiten te kunnen ontplooien. (O1)

- Onder de huidige wetgeving kunnen nochtans enige opsporingsactiviteiten worden ontplooid indien heimelijk filmen in de openbare ruimte strafbaar is gesteld in de APV. (O1)

#176 Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking onder de reikwijdte van art. 246 Sr te brengen. (RK) (zie #176H)

- Heimelijk filmen met een seksuele strekking kan beschouwd worden als een vorm van ‘dwingen’ als omschreven in art. 246 Sr. (RK)

Notitie OM 2014 (document)
‘Door de Hoge Raad is inmiddels vastgesteld dat het heimelijk filmen van naakte mensen, meerderjarigen en minderjarigen, geen aanranding oplevert in de zin van artikel 246 Sr. Het heimelijk filmen is daarmee alleen strafbaar als het overtreding van artikel 139f Sr oplevert. Dat artikel stelt strafbaar het filmen met een verborgen camera in een woning of op een andere plaats die niet voor het publiek toegankelijk is. Het lijkt er op dat op grond van artikel 441b Sr het filmen in bijvoorbeeld een kleedhokje dat op het strand staat (en daarmee voor iedereen toegankelijk is), of het filmen van zich omkledende studentes in een openbare kleedruimte van een universitair sportcomplex, strafbaar is gesteld.

Ten gevolge van de jurisprudentie er geen manier meer om op iemands strafblad te zien dat deze middels een verborgen camera heeft gefilmd, op een wijze die seksueel getint is. De problematiek die samenhangt met het filmen van naakte mensen die zich daarvan niet bewust zijn, is een heel andere dan die van mensen die om andere redenen in het geheim filmen. De personen die vanuit seksuele motieven heimelijke filmopnames maken, verwerken deze beelden niet zelden tot nieuwe (pornografische) afbeeldingen, die via internet verspreid worden, met name in de gevallen waarin minderjarigen gefilmd worden. Bij het filmen worden niet alleen camera’s heimelijk in ruim-

tes (badkamers, kleedkamers, toiletten, kinderkamers) verstopt, maar bedient men zich bijv. ook van camera's in speciaal geprepareerde tassen.

Het is de vraag of niet op het strafblad zichtbaar zou moeten zijn dat deze problematiek heeft gespeeld, dit in verband met bijvoorbeeld het verstrekken van verklaringen omtrent het gedrag.

De rechtspraak heeft ondertussen een tijdelijke "oplossing" gevonden voor de gevallen waarin vanuit seksuele intenties minderjarigen gefilmd zijn: ondanks het feit dat op de gemaakte beelden, waarin veelvuldig wordt ingezoomd op (al dan niet bedekte) geslachtsdelen van de minderjarigen, geen seksuele gedragingen zoals vereist in artikel 240b Sr zichtbaar zijn, oordelen vele rechters dat niettemin sprake is van kinderpornografische beelden, met verwijzing naar HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO-6446, NJ 2011/81 en de "wijze van totstandkoming" die de beelden een "onmiskenbaar seksuele strekking" geven. Een dergelijke constructie is ten opzichte van volwassenen echter binnen de huidige wetgeving niet mogelijk.

Voorstel: maak een artikel dat het filmen met seksuele connotatie strafbaar stelt en neem dat op in de zedentitel.'

Officier 1

Het filmen zonder vastleggen is een heikel punt. We hebben meerdere handvatten, zodra we een feit hebben waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, dat is niet nieuw. We kunnen nog wel gegevensdragers in beslag nemen, maar dat is vaak bij een verdenking van onder andere kinderporno en dan moeten er wel echt concrete aanwijzingen zijn. Wij hebben last gehad met het heimelijk filmen wat wél aan het licht kwam doordat omstanders iemand zagen filmen bij een evenement. Zij zagen een man die zich raar gedroeg en allerlei foto's maakte. Daar is hij op aangesproken en uiteindelijk is hij aangehouden, toen op 246. Uiteindelijk is daar toen natuurlijk door een uitspraak van de Hoge Raad een halt aan toegeroepen; dat kon niet meer. En dan houd je alleen nog de mogelijkheid van 139f over, het filmen, maar als je dan weer teruggaat naar de dagelijkse praktijk, dan is het dus lastig om in een situatie waarin omstanders zeggen 'die man gedraagt zich raar' mogelijkheden te hebben om hem aan te spreken dan wel al daar te verdenken van een zedenfeit. Terwijl dat uiteindelijk wel zijn intentie was, want later bleek bij onderzoek aan de gegevensdragers dat hij ook heel veel kinderporno bezat. Wat daar het lastige is, is dat we dus niet kennelijk een start van een onderzoek krijgen, omdat we nog niet weten of iemand ook daadwerkelijk jeugdigen heeft vastgelegd. Dat kan je pas zien als je aan die gegevensdragers kan komen en daar onderzoek aan kan verrichten. Dus wat we voorheen nog wel deden met een aanhouding voor feitelijke aanranding, kunnen we dat nu niet meer en hebben we dus het probleem dat we uiteindelijk niet bij de gegevensdragers terecht kunnen komen. Tenzij er natuurlijk meerdere verwijten te maken zijn, maar zo simpel was de zaak. Als heimelijk filmen apart strafbaar gesteld zou worden, zodat je in ieder geval daar een onderzoek kan starten, zou ik daar wel iets voor voelen.

Wij hebben het nu opgelost door hier in de APV een artikel op te laten nemen. Je hebt natuurlijk wel 139f, maar dat is in een woning, maar je wilt het ook in de openbare ruimte strafbaar stellen. Zeker bij evenementen. En dat is dan iets wat de gemeente zelf kan opnemen in de APV. En wat ze hier dan uiteindelijk hebben laten doen. Nu hebben we een overtreding van de APV en de politie kan daar dus bij een evenement een start van onderzoek mee hebben: iemand kunnen aanhouden of in ieder geval de telefoon kunnen bekijken. Uiteindelijk ben je op zoek naar wat iemand bezighoudt om zich zo te gedragen en wat daar dan nog meer achter schuilt. Het is heel zelden dat je iemand met een hele uitgebreide zedendocumentatie treft, want dat doet natuurlijk meteen alle alarmbellen rinkelen. Het is toch heel opvallend dat je telkens weer met *first offenders* te maken hebt. Voordat ze tegen de lamp lopen, hebben ze vaak al bepaald gedrag ontwikkeld. En dat is het beste – ook met bezit van kinderporno – aan de gegevensdragers te onderzoeken. En dan is van belang dat we een strafonderzoek krijgen voor dat gedrag dat ze op straat laten zien. En dat hebben wij dus op die manier geregeld.

Officier 2
Van heimelijk filmen met een seksuele strekking heeft de rechter op een gegeven moment duidelijk gezegd: het is geen aanranding in strafrechtelijke zin. Dat vinden wij heel vervelend, alleen al omdat mensen op die grond – en volgens mij helemaal terecht – in voorlopige hechtenis zijn gezet.

Ikzelf wil graag dat dit gedrag strafbaar is. Op zich maakt de grondslag mij niet zo veel uit, maar art. 139f past hier echt niet goed bij. Die seksuele strekking maakt het een andere normschending dan die waar zes maanden gevangenisstraf op staat, zoals art. 139f; in douches en toiletten filmen is van een heel andere orde dan ongevraagd de verjaardag van je buurman filmen. In de jurisprudentie zien we ook de aard van dit soort seksueel heimelijk filmen terug. Bijvoorbeeld de baas van een pizzeria die allemaal studenten voor zich had werken en op een gegeven moment een camera had aangebracht in de wc, omdat hij het idee had dat die studentes, zijn personeel, coke snoven op de wc. Dat bleek niet waar te zijn, maar hij had die camera daar en was er een beetje verslaafd aan geraakt om naar die meiden te kijken als ze naar het toilet gingen. Dat nam hij ook op, dus die man had een soort van kijkkamertje daarboven. Dat is destijds nog wel als aanranding bewezen verklaard. En er was een man die op het strand zat te filmen, maar die was ook alleen maar blote borsten van vrouwen aan het filmen. Dat zag je wel aan de resultaten. Als je die zaken bekijkt, dan zie je dat zowel het gedrag als het resultaat van de opnamen heel seriematig en ook seriematig seksueel getint is. Zo was er ook een man die vrouwen in winkels filmde onder hun rokken. En die man had dus in zijn huis circa honderd afbeeldingen van onderbroeken van dames onder hun rokken.

Advocaat 3
Voor wat betreft de aanranding merk je dat ze een beetje in de knel zitten met het stiekem filmen. Waar brengen we dat onder? Ik vind het echt oneigenlijk

dat dat onder aanranding wordt gebracht, dus dan zou je moeten nadenken op wat voor een manier je daar een delictsomschrijving kan maken die wel past. Het is een lacune, want hier staat aanranding. Daar heb je toch echt wel bedreiging met geweld, onverhoeds plegen of dulden van ontuchtige handelingen nodig. En ontuchtige handelingen dulden is niet als iemand even een cameraatje onder mijn douchehokje doet. Dat voelt niet lekker, dus dat betekent denk ik dat er situaties denkbaar zijn die wel strafwaardig worden geacht, maar die niet ergens onder gebracht kunnen worden. Dan moet je gewoon een nieuw wetsartikel maken. Daar zijn ze dol op, alleen wat mij betreft op de verkeerde momenten.

Rechter 2
Ik heb nog een punt over dat stiekem filmen. Daar moesten we toen opeens voor vrij gaan spreken. We hadden een meneer hier die foto's onder de rokjes maakte in winkels. Nou ja, dat was niet strafbaar meer op enig moment als er geen interactie was. Maar die man had in dat geval toevallig die mevrouw aangeraakt met zijn hand tegen het been en zo kwam ze erachter en toen was er dus wel interactie geweest. Ik vind dat we iets moeten doen met de stiekeme delicten, dus het stiekem filmen in douchehokjes of het stiekem iets met iemand doen als die persoon slaapt. Ik zou het ook niet weten hoe ik het moet verwoorden, maar al die heimelijke, steelse zaken, waar dus iemand op het moment zelf niet weet dat er wat gebeurt, maar dat achteraf wel te weten komt, zouden ook strafbaar moeten zijn. Je maakt namelijk een inbreuk op iemands integriteit. Dat is niet bekend op het moment zelf, maar wordt achteraf wel bekend. En dat zou nog wel erge consequenties kunnen hebben, omdat je denkt: 'ik moet voortaan altijd opletten als ik hier zit, want je weet maar nooit'. Er moet dus een strafbaarstelling komen voor zedendelicten waarvan de ontdekking pas na het plegen van het feit plaatsvindt.

Je zou dit soort delicten bij die schennis van de eerbaarheid artikelen kunnen opnemen. Gewoon van die kleintjes aan het eind van wat ook niet mag: je mag niet potloodventen, je mag geen vrouwen stiekem filmen etc. We hadden laatst een jongen die had op zijn wc een camera opgehangen en die was helemaal geobsedeerd door een jonger jongetje en die ging alleen maar filmpjes van die plassende jongen maken. Is dat strafbaar of niet? Nou ik vind dat gewoon strafbaar en dat zou je dan ergens bij deze artikelen onder moeten brengen.

Renée Kool
Wat art. 246 Sr en heimelijk filmen betreft: ik erger me aan de huidige situatie; dat heimelijk filmen geen aanranding, geen 'dwingen' is. Dat gaat er bij mij niet in. Ik vind dat je de seksuele integriteit schendt. Wat mij betreft is heimelijk filmen aanranding: het moeten dulden van ontuchtige handelingen. Je dwingt mij, omdat je niet mijn consensus vraagt – niet de *reasonable steps* neemt tot de handelingen. Het rare is ook: bij art. 242 Sr redeneren we niet vanuit het slachtoffer, maar vanuit de dader, maar bij art. 246 Sr kennelijk niet. Want jij vraagt niet van tevoren – bewust niet – mijn toestemming om

mij te filmen terwijl ik me sta om te kleden. Je geeft iemand niet eens de kans. Er is dus een omgekeerde redenering; ik begrijp die niet goed. En het is evident dat iemand mij tot iets dwingt en dat die geen andere klare bedoeling heeft dan mij schaakmat te zetten. En die wordt vervolgd voor heimelijk fotograferen. Ja, dan denk ik: 'dat is niet wat er speelt'. Ik vind dat ergerlijk. Heimelijk filmen moet dus een vorm van aanranding worden.

Kooij (document)[57]

'De Hoge Raad overweegt dat het vervaardigen van een afbeelding met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel, waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, strafbaar is gesteld in artikel 139f Sr. De vraag is echter of artikel 139f Sr voldoende recht doet aan de aard van deze gedraging. Het heimelijk filmen of fotograferen van (deels) naakte mensen zal immers in overwegende mate zijn ingegeven met het oog op seksuele bevrediging. Vanuit dat perspectief ligt een strafvervolging op basis van een zedenartikel meer in de lijn der verwachting.

(...)

Valt het stiekem filmen van (deels) naakte personen onder de reikwijdte van artikel 239 Sr? Mijns inziens wel. Bij artikel 239 Sr gaat het om handelingen die door de meerderheid van de Nederlandse bevolking worden afgekeurd en die bovendien seksuele schaamte oproepen. Doordat een persoon zich (...) omkleedt in een daarvoor bestemd kleedhokje sluit hij/zij zich af van derden en geeft daarmee ondubbelzinnig aan zich in afwezigheid van derden te willen omkleden. Als deze persoon dan toch in naakte toestand ongewild, heimelijk wordt gefilmd dan wel gefotografeerd, kan hij/zij door deze handeling in zijn/haar seksueel schaamtegevoel/eerbaarheid worden gekwetst. Dit kan als feit van algemene bekendheid worden beschouwd. Het is ook van belang dat de betrokken persoon ongewild wordt geconfronteerd met deze handeling.

(...)

Waarom is het relevant of de gedragingen waarop in deze bijdrage wordt gedoeld onder artikel 239 Sr of onder artikel 139f Sr vallen? Voorlopige hechtenis is immers voor geen van beide artikelen toegestaan en ook de verschillen in de opgelegde straffen zijn niet indrukwekkend. En verder volgt uit het voorafgaande betoog dat het enkele waarnemen wel onder artikel 239 Sr, maar niet onder artikel 139f Sr kan vallen. Ook het van dichtbij filmen of fotograferen van delen van het menselijk lichaam valt vermoedelijk niet onder artikel 139f Sr, maar weer wel onder artikel 239 Sr. Uit de justitiële documentatie zal bij artikel 239 Sr direct blijken dat het een zedendelict betreft. Dit heeft ook consequenties voor het verkrijgen van een verklaring omtrent het gedrag, waar zedendelicten als risicoprofiel worden aangemerkt. En daar ligt mijns inziens het belang van een bewezenverklaring in de zin van artikel 239 Sr. Een zedenartikel als artikel 239 Sr doet immers meer recht aan de aard van de gedraging, gelet op de seksuele motieven die doorgaans ten grondslag liggen aan het stiekem filmen van (deels) naakte personen dan artikel 139f

57 Kooij, *Strafblad* 2013, p. 248, 250, 252 (voetnoten weggelaten).

Sr. Ook sluit de kwalificatie van een gedraging onder het ene artikel (zoals onder omstandigheden artikel 139f Sr), de kwalificatie onder een ander artikel (zoals artikel 239 Sr) niet uit.

Waar de Hoge Raad op 14 februari 2012 een einde maakte aan de onwenselijke rechtsongelijkheid met betrekking tot artikel 246 Sr, is thans een nieuwe rechtsonzekerheid ontstaan over artikel 239 Sr. Nu cassatie is ingesteld door het Openbaar Ministerie in de Arnhemse zaak van 9 oktober 2012, is de verwachting dat de Hoge Raad zich ook over deze juridische kwestie zal uitlaten.[58] Indien de Hoge Raad zou beslissen dat het maken van heimelijke opnames niet onder de reikwijdte van artikel 239 Sr valt, dan is naar mijn mening de wetgever aan zet. Het algemeen belang is er niet mee gediend dat delicten met een duidelijk seksuele component onherkenbaar opgaan in andersoortige, niet-seksuele delicten.'

3.6 Strafverzwaringsgronden (art. 248 Sr)

Artikel 248 Sr

1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van

[58] Na het verschijnen van het artikel van Kooij heeft de Hoge Raad zich hierover inderdaad uitgelaten, in HR 17 december 2013, *NJ* 2014/149, m.nt. Keijzer. De strekking van dit arrest is onder meer besproken in paragraaf 2.9.2.3 en komt erop neer dat naast art. 246 Sr, ook art. 239 Sr in beginsel toepassing mist bij gevallen van heimelijk filmen.

achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
7. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
8. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

#177 Overwogen zou kunnen worden art. 248 Sr te herzien. (Notitie OM 2014; O1; O2; O3; R2; RK)

- De verhouding tussen de in art. 248 Sr opgenomen strafverzwarende gronden en de bestanddelen van de andere in de zedentitel opgenomen bepalingen vormt een belangrijk punt van aandacht. (Notitie OM 2014; O1; O2; O3; O4; O5; A3; R2; NRM; RK)

- De duidelijkheid van art. 248 Sr laat ernstig te wensen over. (Notitie OM 2014; O1; O2; O3; O4; O5; R2)

- Het is een open vraag hoe de zinsnede 'een kwetsbare positie' in art. 248 lid 3 en 4 Sr dient te worden geïnterpreteerd. (Notitie OM 2014; O1; O3; A3; R3; NRM)

- Het is curieus dat de artikelen 242 en 244 Sr niet genoemd worden in art. 248 lid 7 Sr. (Notitie OM 2014; O5; R2)

- Art. 248 Sr wordt in de praktijk nauwelijks gebruikt. (O2; A4; R1; R3)

- Het is alleen bij hoge uitzondering nodig art. 248 Sr te gebruiken om een voldoende zware straf op te kunnen leggen. (O2; A3; A4)

- De rechter kan de in art. 248 Sr genoemde strafverzwarende gronden ook bij de strafoplegging betrekken als art. 248 Sr niet is ten laste gelegd. (O2; O3; A4)

#178 Overwogen zou kunnen worden art. 248 Sr op te heffen. (O3; O5; A3)

#179 Overwogen zou kunnen worden de maximumstraf die op bepaalde delicten is gesteld rechtstreeks in overeenstemming te brengen met Europese richtlijnen, in plaats van de vereiste maximumstraffen via een strafverzwarende grond te realiseren. (O3; A3)

#180 Overwogen zou kunnen worden de strafverzwarende gronden die nu in art. 248 Sr zijn opgenomen in te voegen bij een beperkt aantal te creëren basisdelicten. (O5) (zie #47, #56, #56H, #107, #107H en #165)

Notitie OM 2014 (document)
'Het aangepaste artikel 248 Sr geeft diverse strafverhogingen voor diverse omstandigheden in relatie tot diverse artikelen. De tekst van dit artikel maakt niet per se helderder wat voor welk feit maximaal kan worden opgelegd. Zo is bijvoorbeeld in artikel 249 Sr strafbaar gesteld het plegen van ontuchtige handelingen met bijvoorbeeld je minderjarige kind, waar artikel 248 lid 3 Sr bepaalt dat een strafverhoging van een derde mogelijk is in gevallen waarbij misbruik gemaakt wordt van de kwetsbare positie waarin iemand zit. Hoe deze twee op het oog met elkaar samenvallende omstandigheden in onderling verband moeten worden beschouwd, is niet zonder meer vanzelfsprekend.

Een andere kwestie die opvalt in het kader van artikel 248 is de volgende. Artikel 248 lid 7 Sr verhoogt het strafmaximum van de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 tot 15 jaar in gevallen waarin die misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge hebben of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is. In dit zevende lid van 248 Sr worden, anders dan in andere leden van dit artikel, de artikelen 242 en 244 niet genoemd. Dit leidt ertoe dat minder ernstige zedenfeiten met de in lid 7 van artikel 248 genoemde gevolgen tot een hoger strafmaximum kunnen leiden, dan de ernstigste zedenfeiten uit 242 en 244 Sr. Met dien verstande dat die laatste twee gezien lid 6 van 248 al bij het enkele gebruik van geweld met een derde verhoogd kunnen worden. Opmerkelijk, omdat geweld ook een onderdeel van 242 Sr zelf is.

Voorstel: Bezie artikel 248 Sr in onderling verband met de rest van de zedentitel en overweeg een herziening en opheldering van het onderlinge verband.'

Officier 1
Die 'kwetsbare positie' is een hele lastige, want die kennen wij niet als zodanig. Wat daaronder valt wordt verder niet heel erg nadrukkelijk meer genoemd. Wij vinden de jeugdige kwetsbaar. We vinden de verstandelijk beperkten of cognitief beperkten kwetsbaar dan wel degene die buiten bewustzijn is. Dat is iets waar mee gewerkt kan worden, terwijl de term 'kwetsbare positie' ook kan doelen op een werknemer-werkgever relatie, bij wijze van spreken. Functioneel afhankelijken.

Ik zie niet in waarom dit dan ook nog eens die extra strafverzwaring oplevert als het op zich al verdisconteerd is in het artikel zelf. Een bepaalde leeftijd, een bepaalde hoedanigheid. Het is een eindeloos lang artikel geworden. Het wordt er niet bruikbaarder door. Het moet vereenvoudigd worden. Volgens mij is het een beetje dubbelop. Vooral vereenvoudigen. Het is niet handig als zowel in de delictsomschrijving als in de strafverzwarende grond dezelfde elementen naar voren komen. Dat maakt het niet overzichtelijk.

Officier 2
Art. 248 is een dramatisch artikel. Het is wel nuttig om hem te hebben, maar systematisch is het ingewikkeld. Het is eigenlijk gewoon te ingewikkeld, waardoor het louter een papieren tijger wordt. Dat zie je ook met de strafverhoging voor huiselijk geweld, want de maximumstraf voor het gronddelict wordt bijna nooit gevraagd in de praktijk. Dus als je dan hoger wil voor 'in vereniging', dan is daar alle ruimte voor. Medeplegen was altijd al een fors verhogende factor – feitelijk dan – en dan helpt het helemaal niet om het wettelijk zo te regelen, want je krijgt gewoon geen hogere straffen. Het kan wel erkenning bieden, dus het heeft een andere functie. Maar als die erkenning er feitelijk niet komt, dan vind ik het wel een kat in de zak voor de burger. Ook dat huiselijk geweld; het zit al zo ingebakken dat dit verhogend werkt, dat wettelijke verhogingen in de praktijk niet zo veel opleveren. In die zin vind ik het misleidend. We gebruiken het alleen in zo'n zaak als Robert M. Dat komt één keer in de tien jaar voor dat we dat doen. En als een feit heel ernstig is, als het met veel geweld is, dan kun je ook allerlei andere bepalingen gebruiken, zoals losse bedreigingen, vrijheidsberovingen, zware mishandeling, van alles ten gevolge hebbend, dat je er gewoon wel komt met je strafmaat; dat is en was ook het probleem niet. Wij verwerken de omstandigheden bovendien in een verhaal. We benadrukken dat iemand is verkracht én dat het een poging doodslag is én een wederrechtelijke vrijheidsberoving én dat het allemaal gebeurde in een park met een vuurwapen. We koppelen het zedendelict dan aan conventionele strafbare feiten. Dat is wat we doorgaans doen in de praktijk.

Er moet dus goed nagedacht worden over de onderlinge verhoudingen tussen deze strafverhogende factoren. Er moet goed gekeken worden of er niet te veel overlappingen zijn, want art. 248 geeft de indruk veel overlappingen te creëren. Dat is niet handig; het geeft verwarring. We moeten in ons vak soms snel zijn en ook razendsnel kunnen beslissen. Dat gaat moeilijk wanneer je ergens nog een artikel hebt dat op een onlogische plek staat en veel raakvlakken heeft met andere bepalingen.

Officier 3
Door schrapping van dit artikel zal het echt een hoop duidelijker worden. Ik vind dit echt een draak van een artikel. Het gaat over alles heen, dwars door alles heen. Het is 'in vereniging' en dan weer 'het kind', het is zo'n complexe kruistabel. Als je het goed doet, dan zie je dat er heel veel dubbelingen inzitten en dat er hele rare maximeringen zijn die ook nog weer scheef zijn. Dat moet je niet zo doen. Dat moet je echt niet zo doen. En soms is er zelfs een verdriedubbeling. Als Europa eist dat er tien jaar op moet staan, maak dan gewoon het betreffende artikel tien jaar. Art. 245 en 244 wordt bijna alleen maar gepleegd tegen kinderen die in een afhankelijkheidsrelatie zitten van de pleger. De keren dat iemand zo'n kind zomaar van de straat plukt, moet ik nog tegen komen.

Het is vooral rommelig en heel slecht bij te houden in de praktijk. Want net als je het ongeveer door hebt is er weer een wijziging. Het is een drama met al die wijzigingen. Nu zijn we net een beetje over 1993 heen gegroeid, maar nu moet je bij elke strafverzwaring weer kijken, terwijl het eigenlijk helemaal niet nodig is, want netto gezien waren het toch al strafverhogende elementen. Als Europa dan zegt dat het erin moet, dan snap ik dat ook wel, maar het wordt er niet hoger van of zo. Ik neem ze heel vaak niet op. En ook die terminologie die gebruikt wordt. Als je een 'kwetsbare positie' vergelijkt met een afhankelijke relatie, zijn dat verschillende dingen of is dat hetzelfde? Ik weet het niet. De samenhang in het artikel ontbreekt. Het moet handiger worden opgeschreven.

Officier 4
Daar is natuurlijk over gezegd dat het een heel moeilijk leesbaar artikel is, wat ook vragen oproept over consistentie en keuzes daarin. De leesbaarheid vormt een bezwaar. Aan de ene kant zet je alles bij elkaar. Aan de andere kant zie je bijvoorbeeld in het zesde lid dat bepaalde gevangenisstraffen met een derde verhoogd kunnen worden indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld. Kan dan 242 zonder dergelijk verwijt? Of bedoel je dat 242 ook kan door te bedreigen met geweld en als het echt geweld is, is het erger en kan het dus daarom worden verhoogd met een derde? Misschien is dat beoogd. Dus als ik een pistool tegen iemands hoofd houd, is dat niet strafverhogend, maar als ik een tik op de wang uitdeel, is dat geweld geweest en kan het met een derde worden verhoogd. Wat willen we nu eigenlijk? Ik vraag me af waarom hier en waarom niet in het artikel zelf?

Officier 5
Dit artikel moet gewoon weggehaald worden. Dit zijn dus dingen die wat mij betreft allemaal onder de verschillende soorten delicten zouden moeten hangen. Dit is echt zo'n puzzelartikel. Het ene lid is wel op het ene artikel van toepassing en het andere weer niet. Je krijgt verschillende soorten straf; bepaalde situaties die je onder verschillende artikelen kan brengen, hebben allemaal verschillende soorten straffen hierdoor. Dit is volgens mij zo'n artikel waar iedere keer een lidje bijgeplakt was zonder dat het heel consequent is doorgedacht. Ik vind dit echt een waardeloos artikel. Dus ik zou het liever hebben van: 'we hebben het over verkrachting, daar vinden we met zijn allen van dat het die en die basiselementen inhoudt en op het moment dat er levensgevaar te duchten is, komt er dit bij en als er iemand dood gaat komt er dat bij'. En dan moeten we ook een basisartikel maken voor prostitutie, *hands on* ontuchtige handelingen, *hands off* ontuchtige handelingen, de kwetsbare en afhankelijke positie en ten slotte dieren. Bij al deze basisdelicten kunnen min of meer dezelfde strafverzwarende gronden een rol spelen. Maar het moet opgedeeld worden wat mij betreft. Nakijken hoe consequent het is, want volgens mij is het heel inconsequent. Je hebt een aantal situaties, lid 6 bijvoorbeeld, daar wordt 242 genoemd maar bij verkrachting in 242 is bijna

per definitie sprake van geweld en dan krijg je ook nog eens een keer een strafverzwarend artikel lidje 6 erbij. Als er sprake is van geweld komt er nog wat bij. En er zijn een aantal artikelen – ik dacht dat het 244 was – die heel onlogisch op sommige plekken niet genoemd worden en op andere plekken weer wel. Bij lid 7 staat 244 er niet bij. Dus als jij een 244 situatie hebt met zwaar lichamelijk letsel, dan geldt deze strafverzwaring ineens niet. Maar waarom niet? Zeg dan gewoon zwaar lichamelijk letsel bij elk willekeurig zedenmisdrijf. Ik heb nooit begrepen waarom dat is. Je moet eerst beslissen welk artikel of welke artikelen je ten laste wil leggen en dan moet je er helemaal bij gaan zoeken 'komt er dan nog wat extra's bij?' Dat is helemaal niet consequent voor alle begrippen. Dus weg er mee! Het moet ergens anders terechtkomen. De samenhang is ver te zoeken.

Advocaat 3
Ik heb het nog eens even allemaal goed doorgelezen en ik vind het echt een gedrocht. Ik heb opgeschreven: 'veel dubbelop en zelfs driedubbelop'. Bijvoorbeeld: 'de straf kan met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien'. Nou dat staat al in zo veel artikelen. En 'voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld', dat zit er allemaal al in. Ik heb echt het gevoel dat ze bij de implementatie van de richtlijn hebben gedacht van: 'better be safe than sorry; we zorgen gewoon dat we alles nog even er extra bij knallen en dan weten we zeker dat we goed zitten'. Ik vind dat je een keuze moet maken. Of je houdt het heel kaal. Je zegt 'dit vinden we strafwaardig' en je doet wat extra strafverzwaringsgronden apart. Maar de artikelen zijn niet kaal, die zijn al helemaal op maat en uitgebreid. Dan zou ik zeggen: dan moet je geen aparte strafverzwaringsgronden doen omdat het er al in staat. Ten tweede is het ook de vraag: hebben we het nodig? Ik geloof dat je in een heel klein aantal gevallen niet komt aan het strafmaximum wat wordt vereist. Dan zou je moeten bedenken om dat strafmaximum te verhogen. Ik weet dat er altijd met die wetgevingsprocessen heel goed over wordt nagedacht, maar het lijkt echt alsof ze er geen zin in hadden om te kijken of er al aan voldaan was. En dat dat er maar even in gefietst is. Ik zeg: weg ermee.

Er is ook een nieuwe grond, 'misbruik van een kwetsbare positie'. Ik denk dat dat ook een lastige is, want minderjarig zijn is kwetsbaar, verstandelijk beperkt is kwetsbaar, onder invloed is kwetsbaar… Wat voegt dit dan nog toe ten opzichte van alles wat we al hebben? Het gaat hier om dubbelingen en dat maakt het alleen onduidelijker denk ik.

Advocaat 4
De strafverzwaringsgronden zijn ook gewoon niet zo bekend bij het Openbaar Ministerie. Dat komt ook omdat de strafmaxima zo hoog liggen dat je 248 Sr eigenlijk niet nodig hebt. Het is ook volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad helemaal niet nodig om het ten laste te leggen om het wel in de strafmaat mee te kunnen wegen. Het heeft eigenlijk een beetje een overbodig karakter dat 248 Sr. De rechter weegt het tóch wel mee als er sprake is van

feitelijke strafverzwaringsgronden. Dat betekent niet helemaal dat het moet leiden tot afschaffing. Als het gaat om 'de dood ten gevolge hebbend', dan kan ik me voorstellen inderdaad dat ze hogere straffen opleggen onder omstandigheden. Maar dat lid 1 tot en met 6… Het drukt ook iets uit van: 'dat ziet de wetgever duidelijk als strafverhogend'. Je geeft ook een ander signaal dan als je nu opeens gaat zeggen: 'aanranding moet van acht naar tien jaar'. Dan betekent dat dat de wetgever wil dat over de hele linie hoger gestraft wordt. Dat is niet wat je voor ogen hebt. Mijn enige opmerking is dat het gewoon niet zo vaak gebruikt wordt en dat het in de praktijk ook niet nodig is om ze te gebruiken.

Rechter 1
De strafverzwaringsgronden worden zelden toegepast, want je moet ze natuurlijk ten laste leggen. Het wordt minder vaak toegepast dan je zou denken. Dat ligt aan de onbekendheid, als ik zo onaardig mag zijn. Want dan zou je ten laste moeten leggen: eerst 'verkrachting' en dan 'terwijl hij, verdachte, het feit begaat ten opzichte van zijn kind of het gezag etc.' Het is in ieder geval prima dat het bestaat. Het wordt relatief weinig toegepast, maar het is wel zinvol. Maar dan moet je er denk ik primair (a) voor zorgen dat de officieren ze ook toepassen en (b) als ze ze toepassen, ze ook benoemen en uitleggen en verwijzen en doen. Want het is ook voor rechters iets wat niet alle dagen langskomt.

Rechter 2
Onleesbaar! Ik kan het wel lezen hoor, ik ben een slimme vrouw, maar het is onleesbaar. Je zou het gewoon anders op moeten zetten. Dit is zo'n gepuzzel, zo'n gedoe, want het loopt ook door elkaar. Dus het is zo versnipperd. Er zou iets beters te vinden moeten zijn. Dit is gewoon onleesbaar.

Ik vraag mij af waarom 242 niet staat bij zwaar lichamelijk letsel. Bij dood is het achttien jaar, bij zwaar lichamelijk letsel vijftien. Weet jij waarom 242 daar niet bij staat? Waarom dan wel als het de dood ten gevolge heeft? Dan wordt het achttien jaar, maar het is niet opgenomen bij lid 7 en daar gaat het naar vijftien. En 246 wel; het is 245 tot en met 247 en waarom 242 niet?

Rechter 3
Ik moet eerlijk zeggen dat ik nog weinig te maken heb gehad met deze nieuwe bepalingen. Ik kom het ook niet echt tegen op tenlasteleggingen. Ik weet niet of het al heel wijd en zijd bekend is bij het OM. Ik zou me nog kunnen voorstellen dat de kwetsbare positie nog discussie oplevert: wanneer ben je nou kwetsbaar? Ik denk echter dat dat in de jurisprudentie wel zal worden uitgekristalliseerd.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Bij een minderjarige die misbruikt wordt door een volwassene zal eigenlijk heel vaak sprake zijn van een kwetsbare positie. Een kwetsbare positie is natuurlijk ook iets wat als gevolg van de EU-richtlijn hierin is gekomen. En de

vraag is hoe veel toegevoegde waarde die strafverhoging heeft wanneer die bijna altijd van toepassing zal zijn op minderjarige slachtoffers. Ik vind het prima dat het erin staat, maar het levert zo nu en dan dubbelingen op. Dus ook daar moet naar gekeken worden.

Renée Kool
Ik vind het wel een hele optelling, apart bij de gespecialiseerde delicten, want als je een andere categorisering maakt, kan je 248 ook gaan opknippen bij wijze van spreken. En ik heb het idee dat de normstellingen boven de praktijk uitrijzen. Ik weet niet wat systematisch beter is. Kijk, als je het bij ieder delict apart gaat zetten 'met geweld, zo veel erbij', dat wordt ook niet prettig natuurlijk. En dan kom je eerder in een 248-sfeer terecht. Aan de andere kant is het de vraag of je voor de normstelling toch niet één delict zou moeten hebben waarin je dan toch zegt: 'dit is het basisdelict en als je dit doet, dan moet je doorslaan, dan moet je van 242 naar 248 gaan'. Maar goed, je moet natuurlijk ook geen ellenlange delicten krijgen dadelijk. Ik zie ook de bezwaren van mijn eigen redenering. Als je het per artikel gaat doen, dan worden het ook wel hele lange artikelen. Dus misschien moeten we het dan toch maar zo houden. Met dien verstande dat ik dus vind dat er doublures in zitten.

#181 Overwogen zou kunnen worden uitdrukkelijk in de wet vast te leggen op welke wijze strafverzwarende gronden en de verhoging als gevolg van samenloop van strafbare feiten de maximumstraf beïnvloeden. (O2; A1; A2; R1; R2)

- Het is op dit moment onduidelijk op welke wijze strafverzwarende gronden en de verhoging als gevolg van samenloop van strafbare feiten de maximumstraf beïnvloeden. (O2; A1; A2; R1; R2)

#182 Overwogen zou kunnen worden de samenloopregeling zo te herzien dat een hogere straf kan worden opgelegd dan het huidige maximum na samenloop. (A2)

- Zedendelinquenten die meer dan één delict plegen kunnen op dit moment onvoldoende zwaar worden bestraft. (A2)

Officier 2
Hoe de bijzondere en algemene strafverhogende factoren ten opzichte van elkaar precies werken is ook nog steeds een heel groot vraagteken. Die kwestie speelde ook in de Robert M. zaak. Als hij het pleegde met een ander, hij het ook deed in het kader van zijn oppasfunctie en er ook sprake is van meerdaadse samenloop, hoe ga je dat optellen? Uiteindelijk is het daar bij twintig jaar gebleven, omdat dat het absolute maximum zou zijn, maar je kunt ook doortellen als je wilt. Het is een interessante, maar moeilijke discussie.

Advocaat 1
Er heerst onduidelijkheid over de strafverzwaringsgronden. Art. 248 lid 1 Sr zegt bijvoorbeeld dat je een derde erbij op kan doen als het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen. Lid 2 zegt dat verhoging van een derde ook kan als het gaat om een kind dat aan zijn zorg is toevertrouwd. Moet je dan een derde op een derde doen of blijft het dan één derde? En dan heb je ook nog een keer de samenloopregeling. Je hebt een verkrachting, je hebt een ontucht en een schennispleging erbij. Verkrachting is het hoogst, een derde erbij omdat het om meerdere feiten gaat. Komt bij meerdaadse samenloop de één derde van art. 248 Sr er overheen of niet? En komt daar nog weer een derde bij omdat het niet alleen om meer personen gaat, maar ook nog eens om een kind dat aan zijn zorg is toevertrouwd? Dat staat niet in de wet. Daar is bij de wetsgeschiedenis ook niks over gezegd. In de Amsterdamse zedenzaak speelde dit probleem. Dit komt uit het verdrag van Lanzarote en is in onze wetgeving geïmplementeerd. Daar is niet gezegd hoe het moet worden uitgelegd en hoe dat samenhangt met samenloop. We weten het niet.

Advocaat 2
Ik denk dat de wet ook duidelijk moet maken hoe je dat moet optellen als er meerdere strafverzwarende gronden zijn. Wat je bij zaken zoals Robert M. hebt; je kunt nog wel eens vierentachtig keer zo'n misdrijf plegen. De Nederlandse wet is daar onvoldoende op berekend en ik vind wel dat dat moet. Dat betreft niet zozeer een zedenaanpassing, maar een systematische aanpassing. Maar ik denk toch dat je daar wat mee moet, ook al omdat de gemiddelde pedofiel die gepakt wordt nou eenmaal meer dan vijf slachtoffers gemaakt heeft. En daar houdt de wet eigenlijk geen rekening mee. In het kader van de samenloopwetgeving kun je er maximaal een derde bij optellen en ik kan je verzekeren dat dat door ouders van slachtoffers onbegrijpelijk wordt gevonden. In de Amsterdamse zedenzaak kwam men uit op twintig jaar en dat was omdat het was met kinderen 'aan zijn zorg toevertrouwd', dat was een derde verhoging. En het was ook nog 'meermalen gepleegd', dat is ook een derde verhoging. En het was soms 'in vereniging gepleegd'. Daarvan hebben ze uiteindelijk gezegd 'dat gaan we niet doen, want dat wordt veel te ingewikkeld', dus dan kwam je op twaalf jaar voor het gronddelict plus vier, plus vier.

Rechter 1
Je zou ook eens aan de wetgever terug kunnen geven van: 'joh, er is een algemeen wetsontwerp nu om de helft op het hoogste maximum te kunnen doen, zowel bij 63 als bij 57. Wat moet je dan nog doen als je al anderhalf keer zo veel kunt opleggen? Moet je dan eerst twaalf plus vier is zestien optellen, en dan maal anderhalf is vierentwintig? Hoe verhoudt zich dat?' Het is goed als de wetgever zich daar over uit laat. Want anders krijgen wij het weer voor onze kiezen. Daar moet de wetgever het primaat pakken.

Rechter 2
Je zou moeten proberen om ook duidelijk aan te geven – dat geldt niet alleen voor dit – hoe zit het met samenloop tussen artikelen? Het is altijd zo van 'dit is specialis van dat' etc., dat je dat tot uitdrukking brengt op enigerlei wijze. Wij zitten wel eens te puzzelen van 'wat is het nou?' en dan is de één de samenloop van dat en dat en dát voorgezette handeling van dat of dat of… Dat leidt tot problemen in de praktijk. Daar kun je tijden over zitten te de discussiëren in raadkamer en dan moet je de jurisprudentie er weer bijhalen en het gaat gewoon om één feitencomplex en dan moet je het ergens instoppen en dan komt er een straf uit. Het is een heel gepuzzel en het zou eenvoudiger moeten worden. Nu begint de titel met drie maanden voor schennis van de eerbaarheid. Dan denk ik: 'begin nou met het zwaarste, verkrachting, ontucht met seksueel binnendringen, en bouw het zo af'. En je begint dan bij de één en sluit dan vervolgens het andere uit, bijvoorbeeld.

#183 Overwogen zou kunnen worden psychisch letsel als strafverzwarende grond in de wet op te nemen. (A2)

#184 Overwogen zou kunnen worden een hogere maximumstraf dan nu het geval is te stellen op verkrachting hetgeen de dood ten gevolge heeft. (A2)

Advocaat 2
Bij die strafverzwarende gronden moet je het weer zo simpel mogelijk houden. Als een kind aan je zorg toevertrouwd is, afhankelijkheid etc. en geweld – dat hebben we ook een paar keer besproken – dat zou verzwarend kunnen zijn. Letsel is er ook nog wel eentje om te bespreken, zeker zwaar lichamelijk letsel. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat psychisch letsel geen letsel is in deze zin. Ik denk dat je daar als wetgever op moet anticiperen door in de wet te zeggen dat je een psychisch trauma opvat als zwaar lichamelijk letsel. Ik denk dat bij zeden er vrijwel altijd sprake is van psychisch letsel en dat dat wel slachtoffers helpt als de wetgever dat ook gewoon erkent. Ik zeg niet dat het altijd tot letsel leidt dat je moet vergelijken met zwaar lichamelijk letsel, maar wel vaak, en het verschilt ook. Die baby's houden daar waarschijnlijk geen zwaar trauma aan over als ze goed worden opgevangen en begeleid. Maar een vrouw die klassiek in de bosjes gesleurd wordt, over het algemeen kun je daar toch wel van stellen dat die daar wel... Ik denk dan als je zwaar lichamelijk letsel een strafverzwarende factor vindt, dan vind ik dat je als wetgever ook moet opnemen dat zwaar psychisch letsel wordt gezien als zwaar lichamelijk letsel.

En dan hebben ze nog de dood, dat heb ik nooit begrepen. Er staat nou op moord dertig jaar of levenslang en als je dus iemand verkracht en het slachtoffer gaat daardoor dood, dan is het opeens achttien jaar. Dat vind ik raar. Het gaat dan om art. 248 lid 8. Ik vind dat niet kunnen. Ik vraag me ook af of je dat zo moet vervolgen hoor, óf dat je dan moet zeggen: 'het is gewoon

doodslag'. Ik vind achttien jaar voor de dood bij een opzetdelict – en dat is verkrachting natuurlijk bij uitstek – gewoon echt te weinig.

#185 Overwogen zou kunnen worden het gedwongen worden ontuchtige handelingen te plegen met een dier als strafverzwarende grond in de zedentitel op te nemen. (R2)

Rechter 2
Er was laatst een zaak van vrouw die dan gedwongen was om pornofilms te maken waar ook beesten in voorkwamen. Nou, daar mag je toch wel de hoogste strafverzwarende omstandigheid voor bedenken. Er is ook jurisprudentie over dat seksueel binnendringen met een dier ook valt onder seksueel binnendringen. Dus het komt misschien toch vaker voor dan wij in ieder geval zouden willen. Er zijn zedendelicten die gepleegd worden waarvan het slachtoffer een kind is waarbij ook gebruik wordt gemaakt van het beest en dat lijkt mij extra leedtoevoegend voor het slachtoffer, niet zozeer voor het beest. Het gaat dan om seksuele handelingen en de vraag is of dat nou zo vaak voorkomt en dan memoreer ik de hopelijk hele uitzonderlijke situatie waarbij een vrouw gedwongen werd tot het opnemen van pornofilms waarbij beesten werden gebruikt. Nou ja, dan hoop je dat dat zo'n eenmalige gebeurtenis is maar er staat ook een – en daarom haalde ik het aan – uitspraak van de Hoge Raad in de bijbel, de rode bijbel, waarin staat dat onder 'seksueel binnendringen' ook verstaan moet worden het seksueel binnendringen met een dier, dus echt smakelijk is het allemaal niet.[59] Je zou eraan kunnen denken of dat een strafverzwarende omstandigheid moet zijn, want het lijkt mij een ontzettend strafverhogende omstandigheid als jou dat opgedrongen wordt. Dat is zo denigrerend. Maar de vraag is dus of dat zo frequent voorkomt dat het zou rechtvaardigen dat je dat als strafverhogende omstandigheid bestempelt.

#135H Overwogen zou kunnen worden een apart delict te creëren voor de verkrachting van kinderen. (NRM) (zie #44, #135 en #160)

- Het is van groot belang adequaat te registreren in hoeverre bepaalde delicten plaatsvinden ten opzichte van jeugdigen. Adequate en efficiente registratie kan het best plaatsvinden als direct uit de bewezenverklaring van een strafbaar feit kan worden afgelezen of dat het geval is. Dat pleit ervoor een apart delict te creëren voor de verkrachting van kinderen. (NRM)

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Als ik kijk naar de OM-data, dan kan ik daaruit niet halen of het gaat om een minder- of meerderjarig slachtoffer. Ik vind dat de delicten zo beschreven moeten zijn dat bij de registratie daarvan het voor een onderzoeker – en dus

59 Zie bijv. HR 20 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD0909.

voor mij als rapporteur hierover – gemakkelijk uit de cijfers gehaald moet kunnen worden. In deze tijd – ook als het gaat om wetssystematiek – hoort het onderdeel registratie daarbij ook een rol te spelen. Je wil weten wat er gebeurt en ik wil dat weten. En ik denk dat dat een deel zou moeten zijn van het wetgevingsproces. Als je een proces-verbaal instuurt, komt het op de administratie aan en daar staat een wetsartikel dat wordt ingevuld en dan wordt er echt niet gelezen hoe oud het slachtoffer is. Dat op zich is niet direct zichtbaar, maar als 242 verkrachting van een meerderjarige is en 243 verkrachting van een minderjarige zou zijn, dan is dat iets wat zichtbaar is. We zijn natuurlijk toch wel een aantal jaren verder dan dat die zedentitel begon en het is gewoon belangrijk om te weten: hoe vaak gebeurt dat nou? Wat voor een straffen worden daar opgelegd? Ik wil kunnen zien: maakt het nou uit voor de rechter of het slachtoffer minderjarig of meerderjarig is bij verkrachting? Zijn daar hogere straffen? Dat kan ik nu alleen zien als ik jurisprudentieonderzoek doe – dat is heel tijdrovend – terwijl een andere vorm van registratie het voor mij mogelijk zou maken om dat sneller te zien. En dan kan ik altijd nog kijken van: 'hè, dit is toch gek, daar wil ik verder onderzoek naar laten doen'. Ik vind het niet erg om leeftijd en bewusteloosheid in één artikel te hebben. Ik bedoel, dan heb je het over de zwakkeren in de samenleving dus dat zou nog wel kunnen, ook als je kijkt naar de EU-wetgeving of richtlijnen. Dan zie je ook wel dat een kwetsbaar persoon vaak ook als een strafverzwaring wordt gezien. Net zoals leeftijd, dus zo wordt dat een beetje gelijkgetrokken, dat begrijp ik ook wel. Maar als ik bijvoorbeeld kijk naar 273f, dan kan ik uit het onderdeel dat bewezen is verklaard halen of het een minderjarig slachtoffer is. Ik vind dat belangrijk en ik denk ook dat het belangrijk is om dat inzicht goed te hebben.

3.7 Overige zedendelicten (art. 239, 240, 252, 253, 254 en 254a Sr)

3.7.1 Schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr)

> Artikel 239 Sr
> Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:
> 1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;
> 2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar;
> 3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is.

#186 Overwogen zou kunnen worden art. 239 Sr tot een feit te bestempelen waarbij voorlopige hechtenis mogelijk is. Dat kan hetzij geschieden door de straf op art. 239 Sr te verhogen, hetzij door art. 239 Sr expliciet te noemen in art. 67 Sv. (Notitie OM 2014; O2; O3; O5; A2; R3)

- Schennis van de eerbaarheid maakt regelmatig deel uit van een patroon dat ook ernstiger feiten omvat. (O2; O3; O5; A2)

- Het feit dat art. 239 Sr geen VH-feit is brengt mee dat onvoldoende gedaan kan worden in situaties die nadrukkelijk vragen om een interventie. (Notitie OM 2014; O2; O3; O5; A2; R3)

Notitie OM 2014 (document)

'**239 Sr Schennis**

Schennis kent als strafmaximum een straf van ten hoogste drie maanden. Het is niet genoemd in artikel 67 lid 1 Wetboek van Strafvordering. Dat betekent dat schennisplegers niet buiten heterdaad kunnen worden aangehouden. Ook niet in die gevallen waarin er sprake is van maatschappelijke onrust.

Alleen die schennisplegers die ten overstaan van minderjarigen onder de zestien schennis plegen, kunnen buiten heterdaad worden aangehouden. Dat geldt echter alleen in gevallen waarbij er sprake is van "seksuele handelingen", zoals masturberen. Dan kan namelijk overtreding van artikel 248d van het Wetboek van Strafrecht worden vastgesteld. Het enkele tonen van een geslachtsdeel, valt niet als 248d te kwalificeren.

In de praktijk betekent dit dat als een persoon met regelmaat bij een speeltuin in de bosjes staat met ontbloot onderlijf, deze persoon alleen maar op heterdaad kan worden aangehouden. Ook mannen die met regelmaat bijvoorbeeld 's nachts langs een bepaalde fietsroute staan waar veel uitgaande dames langskomen, kunnen niet anders dan op heterdaad worden aangehouden. Als je in dat geval weet wie het is, maar er is geen heterdaadsituatie en iemand weigert om op uitnodiging naar het politiebureau te komen, dan sta je als politie en OM machteloos.

Dat er geen voorlopige hechtenis mogelijk is, heeft ook consequenties voor andere opsporingsmiddelen. Zo zijn veel bijzondere opsporingsbevoegdheden gekoppeld aan de feiten uit artikel 67 Wetboek van Strafvordering. Te denken valt aan het opvragen van telecomgegevens, opvragen van camerabeelden bij derden etc.

Daarnaast betekent het feit dat er geen voorlopige hechtenis mogelijk is, dat een verdachte van wie de identiteit vaststaat altijd binnen 6 uren na aanhouding, zal moeten worden heengezonden. Er is geen mogelijkheid tot langer vasthouden en ook daarmee niet tot het opleggen van bijzondere voorwaarden in het kader van een schorsing van de voorlopige hechtenis.

Wel bestaat op grond van artikel 509hh Wetboek van Strafvordering de mogelijkheid tot het opleggen van een gedragsaanwijzing inhoudende:

c) een gebiedsverbod
d) een contactverbod
e) een meldingsplicht (aangewezen als verdachte op een specifiek moment van een bepaalde plaats weerhouden dient te worden)
f) een begeleidingsplicht (de verdachte wordt bevolen zich te doen begeleiden bij hulpverlening die van invloed kan zijn op het plegen van straf-

bare feiten. Bij vroeghulp reclassering vragen deze mogelijkheid mee te nemen in het advies)

Dit kan in gevallen waarbij er sprake is van:

g) ernstige openbare ordeverstoring, mét vrees voor herhaling
h) of vrees voor ernstig belastend gedrag jegens personen,
i) of vrees voor gedrag dat herhaald gevaar voor goederen oplevert;

Overtreding van de gedragsaanwijzing, levert schending op van artikel 184a Wetboek van Strafrecht. Dat is wel een feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten; het feit staat speciaal genoemd in onderdeel b van het eerste lid van artikel 67 Wetboek van Strafvordering.

Complicerend is echter, dat voor het opleggen van een gedragsaanwijzing ex artikel 509hh, ernstige bezwaren nodig zijn. In gevallen waarin er wel een verdenking is, maar – bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van een verklaring van de verdachte die niet kan worden aangehouden – geen ernstige bezwaren, is toepassing van artikel 509hh Sv niet mogelijk.

Voorstel: maak van artikel 239 Sr een VH-feit.'

Officier 2

Art. 239 zou wat verruimd en verzwaard mogen worden. Dit thema is namelijk echt wel iets waar we ook in de maatschappelijke onrustsfeer meer mee willen kunnen. En daar zijn echt goede argumenten voor. Mensen verwachten heel veel van je als officier, terwijl ik altijd moet zeggen: 'ja, ik kan heel veel, maar dan moet er wel een strafrechtelijke verdenking zijn en die zie ik hier gewoon in het geheel niet'. En dan zeggen ze: 'maar we zien wel erg verontrustend gedrag'. Dan zeg ik: 'ja dat zie ik met jullie, maar strafrechtelijk kan ik nog niets'.

Ik wil dus graag iets meer kunnen vastknopen aan art. 239. Het heeft nu een te lage normstelling en dat kan ook maatschappelijke onrust veroorzaken omdat er vanuit het strafrecht geen dan wel onvoldoende actie ondernomen kan worden tegen mensen die zich eraan schuldig maken. Van iemand die schennis pleegt kan je ook vermoeden dat hij wel ernstigere dingen doet. En dat blijkt vaak juist een terecht vermoeden te zijn, maar je kunt in de eerdere fase dus niet veel. Die onrust is er dus niet voor niks en in dat verband zou het fijn zijn wanneer wij meer strafprocessuele bevoegdheden zouden hebben. Er gaat nu voor ons heel veel werk zitten in de vraag of we kunnen aanhouden of niet omdat aanhouden buiten heterdaad niet kan. Dat heeft ook maatschappelijk heel veel effect. En als je niet kunt aanhouden, krijgen wij altijd alle ongezouten kritiek over ons heen dat wij het niet goed doen. Dat is natuurlijk niet waar.

Neem bijvoorbeeld een veroordeelde die terugkomt in zijn omgeving en gedrag vertoont dat hij ook vertoonde voordat hij die kinderen van zijn buren misbruikte. Daar wil je iets aan kunnen doen. Dus als je aan art. 239 een wat hogere strafmaat verbindt, dan zit aan de poging ook weer een ander karakter en heb je meer mogelijkheden. Een reactie op mijn gedachtegang zou kunnen zijn: 'dat is oneigenlijk mevrouw de officier', maar bij sommige feiten heb ik op grond van kennis en ervaring gewoon de stellige overtuiging dat het

echt gevaar kan opleveren. En dan heeft uiteindelijk ook de verdachte er wat aan wanneer we daar zo vroeg mogelijk iets aan kunnen doen.

Officier 3
Bij 239 missen we nou de mogelijkheid om aanhouding buiten heterdaad te doen. Dat komt door die maximale strafbedreiging van drie maanden. Ik vind ook niet dat het recht doet aan het gegeven dat het weliswaar in heel veel gevallen gewoon potloodventers zijn, maar in heel veel gevallen ook niet. Dus dit gaat echt uit van de potloodventers, maar dat gaat voorbij aan de mensen die dit als onderdeel doen van een opbouwende ontwikkeling. Dat is wel een notie. Het is ook soms gewoon, wat ik zei, voor het moment dat ze die fiets vastpakken, een deel van meerdere delicten. Of de ene keer doet hij dit en de andere keer doet hij dat. Er is wel informatie over bekend dat het gewoon onderdeel kan zijn van de opbouw van ernstige delicten of dat het soms afwisselend plaatsvindt met ernstige delicten. De strafbedreiging zou omhoog moeten, maar dan eigenlijk niet zozeer vanwege de straf, maar vanwege de mogelijkheden die het geeft om iemand aan te houden. Je kan het dus ook specifiek noemen. Dat zou ook kunnen als optie.

Officier 5
Het probleem bij schennis is sowieso dat het geen VH-feit is. Daar hebben we echt heel veel last van. Dus we kunnen mensen alleen maar op heterdaad aanhouden. Nou, dat is bij schennis niet zo heel makkelijk. Dus dat is een heel naar feit, terwijl het wel feiten zijn die ontzettend veel onrust veroorzaken. Van die mannen die op speelplaatsjes rondhangen. Je kan ze gewoon niet aanpakken. Ze hangen er weer en ze doen niks en op het moment dat ze wel iets doen, is het kwaad al geschied bij die kinderen. En het is geen VH-feit. We weten dat schennis helemaal niet zo'n vredelievend delict is en dat het vaak het begin van je criminele carrière is, zeg maar. Dus de straf hoeft niet eens omhoog, maar noem hem dan wel expliciet in art. 67. Dan kunnen we veel meer met die mensen – oppakken en voorgeleiden en zo.

Advocaat 2
Je moet je afvragen of je maar drie maanden moet stellen op potloodventen. Weet je, dat is zo'n voorloper naar erger, dus daar moet je denk ik toch wel behoorlijk afschrikwekkend ingrijpen. Drie maanden, ik heb ook nog nooit meegemaakt dat iemand die drie maanden kreeg hoor, maar... Het is het voorportaal tot ernstiger afwijkend gedrag en ik denk dat je daarom moet kunnen ingrijpen. Ik vind dat dit echt een zwaarder feit zou moeten zijn, al is het maar om de rust in de buurt even terug te krijgen. Misschien dat het apart opgenomen moet worden als uitzonderingsbepaling dat je daar toch voorlopige hechtenis voor kunt krijgen.

Rechter 3
Ik zou het prettig vinden als een voorlopige hechtenis-feit gemaakt zou worden van 239, omdat je daarin nog wel eens ziet dat het echt problematische

gevallen zijn die continu bezig zijn en waar je graag zou willen ingrijpen op een bepaalde manier door een hulpverlening in te starten of voorwaarden in te stellen of wat dan ook. En dan is het toch wel heel lastig dat met zo'n aangifte niemand wordt opgepakt voor verhoor en zo'n iemand staat binnen een aantal uur weer buiten. Het is natuurlijk niet altijd en niet voor iedereen, maar dat je de mogelijkheid hebt voor voorlopige hechtenis om dingen in te kunnen starten. De maatschappelijke onrust die toch ook wel veroorzaakt kan worden. Het is toch een lastige categorie plegers waarbij je soms met je handen in het haar zit: wat moet je hier nou mee?

#187 Overwogen zou kunnen worden de formulering van art. 239 Sr meer bij de tijd te brengen. (A2)

Advocaat 2
Op de eerste plaats moeten ze gewoon terminologie maken zoals we dat heden ten dage met elkaar uitwisselen. 'Schennis van de eerbaarheid', als je dat nu aan kinderen die op het MBO zitten vertelt, dan zeggen ze: 'wat zegt u?' Dus dat moet gewoon duidelijker worden.

#102H Overwogen zou kunnen worden één artikel te creëren waaronder alle strafwaardige *hands off* gedragingen vallen. Daaronder zouden in elk geval de gedragingen die nu worden gebracht onder de artikelen 240a Sr, 248d Sr en 239 Sr kunnen worden gebracht. (O5) (zie #102)

#103H Overwogen zou kunnen worden opnieuw te doordenken tegen welke beelden en tot welke leeftijd jongeren beschermd dienen te worden. (O5) (zie #103)

Officier 5 (naar aanleiding van art. 240a Sr)
Ik denk dat dit losstaat van de gewone zedendelicten waar echt een kind lichamelijk misbruikt wordt. Er moet over nagedacht worden waar we wie nou tegen willen beschermen? Afbeeldingen? *Live* seks? Seksshows? Webcamdingen? Dingen op internet? Maak daar één artikel van. Ze hebben met dit artikel natuurlijk gedacht aan met name pornografische afbeeldingen. Daar kan je je tegenwoordig – met wat er allemaal op tv is – van afvragen wat er zo expliciet nog schadelijk is voor jeugdigen. Want volgens mij moet je dan de helft van de omroepen gaan aanpakken op grond hiervan. Als ik zie wat er na negen uur wordt uitgezonden. Internet is natuurlijk helemaal verschrikkelijk; dat is van niemand. Misschien moeten we ook eens nadenken wat wij dan schadelijk vinden. En zijn al die geweldsbeelden die ze over zich heen gestort krijgen niet eventjes wat erger dan de porno die ze in die videoclips zien? Je moet je afvragen welke mensen je wilt beschermen en tot welke leeftijd. Neem nu de gemiddelde veertien- of vijftienjarige die de hele dag op internet zit. Nou, die zitten echt porno op te zoeken met zijn allen. Ze zijn er heel erg actief op. Moet je daar nog een artikel voor in de lucht houden dat je ze voor algemene

schadelijke beelden moet behoeden? Loop over het Damrak met je kind en kijk wat daar allemaal in de etalages van seksshops ligt. Ik weet niet of dat niet schokkender is dan dit soort dingen. Ik zeg niet dat het weg moet, want ik denk zeker wel dat er dingen zijn waar je kinderen bij weg moet houden, maar je moet wel even goed nadenken over hoe de wereld er nu uitziet. En dat kinderen heel veel beelden en dingen al meekrijgen zonder dat iemand daar bewust iets mee doet en daar voor aangepakt moet worden.

Officier 5 (naar aanleiding van art. 239 Sr)
Schennis moet volgens mij samengevoegd worden met alles wat te maken heeft met het onverhoeds tonen van wat dan ook. Dus ook met die artikelen met *live* seks voor onder achttienjarigen, schadelijke afbeeldingen voor onder zestienjarigen, webcambeelden en *streaming* beelden. Alles op afstand, zal ik maar zeggen. Volgens mij moet dat gewoon zo'n *hands off* artikel worden. Ik vind gewoon dat al die *hands off* dingen als het gaat om het tonen van schadelijke dingen, schadelijke afbeeldingen, schadelijke situaties, dat moet gewoon allemaal bij elkaar. En pornografie valt daar eigenlijk ook onder. Het toezenden van porno is ook zo'n delict.

#188 Overwogen zou kunnen worden art. 239 Sr in de achterste regionen van de zedentitel te plaatsen. (R2) (zie #100, #133 en #170)

Rechter 2
Schennis van de eerbaarheid kan wat mij betreft helemaal achteraan, want dit is gewoon een van de minste delicten. Hier zijn de geldboetes wel op zijn plaats.

#189 Overwogen zou kunnen worden art. 239 sub 3 Sr, hetgeen betrekking heeft op schennis van de eerbaarheid op een niet-openbare plaats, te schrappen. (A4)

Advocaat 4
Ik vind sub 3 van art. 239 wel lastig: 'op een niet openbare plaats'. Dan moet je je afvragen of dat wel strafbaar moet zijn. Of dat nou noodzakelijk is. Ik heb eens een zaak meegemaakt – een idiote zaak – van een man die veel bloot door zijn huis liep en daarvoor werd vervolgd omdat dat van buiten zichtbaar was. Ik vind dat mensen gewoon bloot door hun eigen huis moeten kunnen lopen en als je daar niet tegen kan, dan kijk je maar de andere kant op. Dus daar zie ik ook niet de schadelijkheid van in. Als je bloot voor de ramen gaat staan, dan is er iets anders mis. Dan valt dat met het strafrecht niet op te lossen. Dat moet je ook niet willen oplossen. Dan vind ik een vervolging een volkomen verkeerd signaal. Sub 3 heb ik moeite mee. Sub 3 kan er uit.

#174H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking expliciet in de zedentitel strafbaar te stellen. (Notitie OM 2014; O1; O2; A3; R2; Kooij) (zie #174)

#175H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking in schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) te incorporeren. (R2) (zie #175)

- Heimelijk filmen met een seksuele strekking wordt na de recente jurisprudentie van de Hoge Raad niet langer adequaat gedekt door art. 246 Sr. (Notitie OM 2014; O1; O2; R2)
- Heimelijk filmen met een seksuele strekking op een openbare plaats wordt niet adequaat gedekt door art. 139f Sr. (Notitie OM 2014; O1; O2; Kooij)
- Heimelijk filmen met een seksuele strekking kan onder omstandigheden onder art. 240b Sr gebracht worden. Dit kan echter hoogstens beschouwd worden als een tijdelijke oplossing. (Notitie OM 2014)
- Het is van belang dat op het strafblad zichtbaar is dat iemand zich schuldig heeft gemaakt aan heimelijk filmen met een seksuele strekking. Dat kan bijvoorbeeld van belang zijn in verband met het verstrekken van verklaringen omtrent het gedrag. (Notitie OM 2014; Kooij)
- De strafbaarstelling van heimelijk filmen met een seksuele strekking is van belang om opsporingsactiviteiten te kunnen ontplooien. (O1)
- Onder de huidige wetgeving kunnen nochtans enige opsporingsactiviteiten worden ontplooid indien heimelijk filmen in de openbare ruimte strafbaar is gesteld in de APV. (O1)

#176H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking onder de reikwijdte van art. 246 Sr te brengen. (RK) (zie #176)

- Heimelijk filmen met een seksuele strekking kan beschouwd worden als een vorm van 'dwingen' als omschreven in art. 246 Sr. (RK)

Notitie OM 2014 (document)
'Door de Hoge Raad is inmiddels vastgesteld dat het heimelijk filmen van naakte mensen, meerderjarigen en minderjarigen, geen aanranding oplevert in de zin van artikel 246 Sr. Het heimelijk filmen is daarmee alleen strafbaar als het overtreding van artikel 139f Sr oplevert. Dat artikel stelt strafbaar het filmen met een verborgen camera in een woning of op een andere plaats die niet voor het publiek toegankelijk is. Het lijkt er op dat op grond van artikel 441b Sr het filmen in bijvoorbeeld een kleedhokje dat op het strand staat (en

daarmee voor iedereen toegankelijk is), of het filmen van zich omkledende studentes in een openbare kleedruimte van een universitair sportcomplex, strafbaar is gesteld.

Ten gevolge van de jurisprudentie er geen manier meer om op iemands strafblad te zien dat deze middels een verborgen camera heeft gefilmd, op een wijze die seksueel getint is. De problematiek die samenhangt met het filmen van naakte mensen die zich daarvan niet bewust zijn, is een heel andere dan die van mensen die om andere redenen in het geheim filmen. De personen die vanuit seksuele motieven heimelijke filmopnames maken, verwerken deze beelden niet zelden tot nieuwe (pornografische) afbeeldingen, die via internet verspreid worden, met name in de gevallen waarin minderjarigen gefilmd worden. Bij het filmen worden niet alleen camera's heimelijk in ruimtes (badkamers, kleedkamers, toiletten, kinderkamers) verstopt, maar bedient men zich bijv. ook van camera's in speciaal geprepareerde tassen.

Het is de vraag of niet op het strafblad zichtbaar zou moeten zijn dat deze problematiek heeft gespeeld, dit in verband met bijvoorbeeld het verstrekken van verklaringen omtrent het gedrag.

De rechtspraak heeft ondertussen een tijdelijke "oplossing" gevonden voor de gevallen waarin vanuit seksuele intenties minderjarigen gefilmd zijn: ondanks het feit dat op de gemaakte beelden, waarin veelvuldig wordt ingezoomd op (al dan niet bedekte) geslachtsdelen van de minderjarigen, geen seksuele gedragingen zoals vereist in artikel 240b Sr zichtbaar zijn, oordelen vele rechters dat niettemin sprake is van kinderpornografische beelden, met verwijzing naar HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO-6446, NJ 2011/81 en de "wijze van totstandkoming" die de beelden een "onmiskenbaar seksuele strekking" geven. Een dergelijke constructie is ten opzichte van volwassenen echter binnen de huidige wetgeving niet mogelijk.

Voorstel: maak een artikel dat het filmen met seksuele connotatie strafbaar stelt en neem dat op in de zedentitel.'

Officier 1

Het filmen zonder vastleggen is een heikel punt. We hebben meerdere handvatten, zodra we een feit hebben waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, dat is niet nieuw. We kunnen nog wel gegevensdragers in beslag nemen, maar dat is vaak bij een verdenking van onder andere kinderporno en dan moeten er wel echt concrete aanwijzingen zijn. Wij hebben last gehad met het heimelijk filmen wat wél aan het licht kwam doordat omstanders iemand zagen filmen bij een evenement. Zij zagen een man die zich raar gedroeg en allerlei foto's maakte. Daar is hij op aangesproken en uiteindelijk is hij aangehouden, toen op 246. Uiteindelijk is daar toen natuurlijk door een uitspraak van de Hoge Raad een halt aan toegeroepen; dat kon niet meer. En dan houd je alleen nog de mogelijkheid van 139f over, het filmen, maar als je dan weer teruggaat naar de dagelijkse praktijk, dan is het dus lastig om in een situatie waarin omstanders zeggen 'die man gedraagt zich raar' mogelijkheden te hebben om hem aan te spreken dan wel al daar te verdenken van een zedenfeit. Terwijl dat uiteindelijk wel zijn intentie was, want later bleek bij onder-

zoek aan de gegevensdragers dat hij ook heel veel kinderporno bezat. Wat daar het lastige is, is dat we dus niet kennelijk een start van een onderzoek krijgen, omdat we nog niet weten of iemand ook daadwerkelijk jeugdigen heeft vastgelegd. Dat kan je pas zien als je aan die gegevensdragers kan komen en daar onderzoek aan kan verrichten. Dus wat we voorheen nog wel deden met een aanhouding voor feitelijke aanranding, kunnen we dat nu niet meer en hebben we dus het probleem dat we uiteindelijk niet bij de gegevensdragers terecht kunnen komen. Tenzij er natuurlijk meerdere verwijten te maken zijn, maar zo simpel was de zaak. Als heimelijk filmen apart strafbaar gesteld zou worden, zodat je in ieder geval daar een onderzoek kan starten, zou ik daar wel iets voor voelen.

Wij hebben het nu opgelost door hier in de APV een artikel op te laten nemen. Je hebt natuurlijk wel 139f, maar dat is in een woning, maar je wilt het ook in de openbare ruimte strafbaar stellen. Zeker bij evenementen. En dat is dan iets wat de gemeente zelf kan opnemen in de APV. En wat ze hier dan uiteindelijk hebben laten doen. Nu hebben we een overtreding van de APV en de politie kan daar dus bij een evenement een start van onderzoek mee hebben: iemand kunnen aanhouden of in ieder geval de telefoon kunnen bekijken. Uiteindelijk ben je op zoek naar wat iemand bezighoudt om zich zo te gedragen en wat daar dan nog meer achter schuilt. Het is heel zelden dat je iemand met een hele uitgebreide zedendocumentatie treft, want dat doet natuurlijk meteen alle alarmbellen rinkelen. Het is toch heel opvallend dat je telkens weer met *first offenders* te maken hebt. Voordat ze tegen de lamp lopen, hebben ze vaak al bepaald gedrag ontwikkeld. En dat is het beste – ook met bezit van kinderporno – aan de gegevensdragers te onderzoeken. En dan is van belang dat we een strafonderzoek krijgen voor dat gedrag dat ze op straat laten zien. En dat hebben wij dus op die manier geregeld.

Officier 2

Van heimelijk filmen met een seksuele strekking heeft de rechter op een gegeven moment duidelijk gezegd: het is geen aanranding in strafrechtelijke zin. Dat vinden wij heel vervelend, alleen al omdat mensen op die grond – en volgens mij helemaal terecht – in voorlopige hechtenis zijn gezet.

Ikzelf wil graag dat dit gedrag strafbaar is. Op zich maakt de grondslag mij niet zo veel uit, maar art. 139f past hier echt niet goed bij. Die seksuele strekking maakt het een andere normschending dan die waar zes maanden gevangenisstraf op staat, zoals art. 139f; in douches en toiletten filmen is van een heel andere orde dan ongevraagd de verjaardag van je buurman filmen. In de jurisprudentie zien we ook de aard van dit soort seksueel heimelijk filmen terug. Bijvoorbeeld de baas van een pizzeria die allemaal studenten voor zich had werken en op een gegeven moment een camera had aangebracht in de wc, omdat hij het idee had dat die studentes, zijn personeel, coke snoven op de wc. Dat bleek niet waar te zijn, maar hij had die camera daar en was er een beetje verslaafd aan geraakt om naar die meiden te kijken als ze naar het toilet gingen. Dat nam hij ook op, dus die man had een soort van kijkkamertje daarboven. Dat is destijds nog wel als aanranding bewezen ver-

klaard. En er was een man die op het strand zat te filmen, maar die was ook alleen maar blote borsten van vrouwen aan het filmen. Dat zag je wel aan de resultaten. Als je die zaken bekijkt, dan zie je dat zowel het gedrag als het resultaat van de opnamen heel seriematig en ook seriematig seksueel getint is. Zo was er ook een man die vrouwen in winkels filmde onder hun rokken. En die man had dus in zijn huis circa honderd afbeeldingen van onderbroeken van dames onder hun rokken.

Advocaat 3
Voor wat betreft de aanranding merk je dat ze een beetje in de knel zitten met het stiekem filmen. Waar brengen we dat onder? Ik vind het echt oneigenlijk dat dat onder aanranding wordt gebracht, dus dan zou je moeten nadenken op wat voor een manier je daar een delictsomschrijving kan maken die wel past. Het is een lacune, want hier staat aanranding. Daar heb je toch echt wel bedreiging met geweld, onverhoeds plegen of dulden van ontuchtige handelingen nodig. En ontuchtige handelingen dulden is niet als iemand even een cameraatje onder mijn douchehokje doet. Dat voelt niet lekker, dus dat betekent denk ik dat er situaties denkbaar zijn die wel strafwaardig worden geacht, maar die niet ergens onder gebracht kunnen worden. Dan moet je gewoon een nieuw wetsartikel maken. Daar zijn ze dol op, alleen wat mij betreft op de verkeerde momenten.

Rechter 2
Ik heb nog een punt over dat stiekem filmen. Daar moesten we toen opeens voor vrij gaan spreken. We hadden een meneer hier die foto's onder de rokjes maakte in winkels. Nou ja, dat was niet strafbaar meer op enig moment als er geen interactie was. Maar die man had in dat geval toevallig die mevrouw aangeraakt met zijn hand tegen het been en zo kwam ze erachter en toen was er dus wel interactie geweest. Ik vind dat we iets moeten doen met de stiekeme delicten, dus het stiekem filmen in douchehokjes of het stiekem iets met iemand doen als die persoon slaapt. Ik zou het ook niet weten hoe ik het moet verwoorden, maar al die heimelijke, steelse zaken, waar dus iemand op het moment zelf niet weet dat er wat gebeurt, maar dat achteraf wel te weten komt, zouden ook strafbaar moeten zijn. Je maakt namelijk een inbreuk op iemands integriteit. Dat is niet bekend op het moment zelf, maar wordt achteraf wel bekend. En dat zou nog wel erge consequenties kunnen hebben, omdat je denkt: 'ik moet voortaan altijd opletten als ik hier zit, want je weet maar nooit'. Er moet dus een strafbaarstelling komen voor zedendelicten waarvan de ontdekking pas na het plegen van het feit plaatsvindt.

Je zou dit soort delicten bij die schennis van de eerbaarheid artikelen kunnen opnemen. Gewoon van die kleintjes aan het eind van wat ook niet mag: je mag niet potloodventen, je mag geen vrouwen stiekem filmen etc. We hadden laatst een jongen die had op zijn wc een camera opgehangen en die was helemaal geobsedeerd door een jonger jongetje en die ging alleen maar filmpjes van die plassende jongen maken. Is dat strafbaar of niet? Nou ik vind

dat gewoon strafbaar en dat zou je dan ergens bij deze artikelen onder moeten brengen.

Renée Kool
Wat art. 246 Sr en heimelijk filmen betreft: ik erger me aan de huidige situatie; dat heimelijk filmen geen aanranding, geen 'dwingen' is. Dat gaat er bij mij niet in. Ik vind dat je de seksuele integriteit schendt. Wat mij betreft is heimelijk filmen aanranding: het moeten dulden van ontuchtige handelingen. Je dwingt mij, omdat je niet mijn consensus vraagt – niet de *reasonable steps* neemt tot de handelingen. Het rare is ook: bij art. 242 Sr redeneren we niet vanuit het slachtoffer, maar vanuit de dader, maar bij art. 246 Sr kennelijk niet. Want jij vraagt niet van tevoren – bewust niet – mijn toestemming om mij te filmen terwijl ik me sta om te kleden. Je geeft iemand niet eens de kans. Er is dus een omgekeerde redenering; ik begrijp die niet goed. En het is evident dat iemand mij tot iets dwingt en dat die geen andere klare bedoeling heeft dan mij schaakmat te zetten. En die wordt vervolgd voor heimelijk fotograferen. Ja, dan denk ik: 'dat is niet wat er speelt'. Ik vind dat ergerlijk. Heimelijk filmen moet dus een vorm van aanranding worden.

Kooij (document)[60]
'De Hoge Raad overweegt dat het vervaardigen van een afbeelding met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel, waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, strafbaar is gesteld in artikel 139f Sr. De vraag is echter of artikel 139f Sr voldoende recht doet aan de aard van deze gedraging. Het heimelijk filmen of fotograferen van (deels) naakte mensen zal immers in overwegende mate zijn ingegeven met het oog op seksuele bevrediging. Vanuit dat perspectief ligt een strafvervolging op basis van een zedenartikel meer in de lijn der verwachting.
(...)
Valt het stiekem filmen van (deels) naakte personen onder de reikwijdte van artikel 239 Sr? Mijns inziens wel. Bij artikel 239 Sr gaat het om handelingen die door de meerderheid van de Nederlandse bevolking worden afgekeurd en die bovendien seksuele schaamte oproepen. Doordat een persoon zich (...) omkleedt in een daarvoor bestemd kleedhokje sluit hij/zij zich af van derden en geeft daarmee ondubbelzinnig aan zich in afwezigheid van derden te willen omkleden. Als deze persoon dan toch in naakte toestand ongewild, heimelijk wordt gefilmd dan wel gefotografeerd, kan hij/zij door deze handeling in zijn/haar seksueel schaamtegevoel/eerbaarheid worden gekwetst. Dit kan als feit van algemene bekendheid worden beschouwd. Het is ook van belang dat de betrokken persoon ongewild wordt geconfronteerd met deze handeling.
(...)
Waarom is het relevant of de gedragingen waarop in deze bijdrage wordt gedoeld onder artikel 239 Sr of onder artikel 139f Sr vallen? Voorlopige hechtenis is immers voor geen van beide artikelen toegestaan en ook de verschil-

[60] Kooij, *Strafblad* 2013, p. 248, 250, 252 (voetnoten weggelaten).

len in de opgelegde straffen zijn niet indrukwekkend. En verder volgt uit het voorafgaande betoog dat het enkele waarnemen wel onder artikel 239 Sr, maar niet onder artikel 139f Sr kan vallen. Ook het van dichtbij filmen of fotograferen van delen van het menselijk lichaam valt vermoedelijk niet onder artikel 139f Sr, maar weer wel onder artikel 239 Sr. Uit de justitiële documentatie zal bij artikel 239 Sr direct blijken dat het een zedendelict betreft. Dit heeft ook consequenties voor het verkrijgen van een verklaring omtrent het gedrag, waar zedendelicten als risicoprofiel worden aangemerkt. En daar ligt mijns inziens het belang van een bewezenverklaring in de zin van artikel 239 Sr. Een zedenartikel als artikel 239 Sr doet immers meer recht aan de aard van de gedraging, gelet op de seksuele motieven die doorgaans ten grondslag liggen aan het stiekem filmen van (deels) naakte personen dan artikel 139f Sr. Ook sluit de kwalificatie van een gedraging onder het ene artikel (zoals onder omstandigheden artikel 139f Sr), de kwalificatie onder een ander artikel (zoals artikel 239 Sr) niet uit.

Waar de Hoge Raad op 14 februari 2012 een einde maakte aan de onwenselijke rechtsongelijkheid met betrekking tot artikel 246 Sr, is thans een nieuwe rechtsonzekerheid ontstaan over artikel 239 Sr. Nu cassatie is ingesteld door het Openbaar Ministerie in de Arnhemse zaak van 9 oktober 2012, is de verwachting dat de Hoge Raad zich ook over deze juridische kwestie zal uitlaten.[61] Indien de Hoge Raad zou beslissen dat het maken van heimelijke opnames niet onder de reikwijdte van artikel 239 Sr valt, dan is naar mijn mening de wetgever aan zet. Het algemeen belang is er niet mee gediend dat delicten met een duidelijk seksuele component onherkenbaar opgaan in andersoortige, niet-seksuele delicten.'

3.7.2 Pornografie (art. 240 Sr)

> Artikel 240 Sr
> Met gevangenisstraf van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat een afbeelding of voorwerp aanstotelijk voor de eerbaarheid is en die afbeelding of dat voorwerp:
> 1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd, openlijk tentoonstelt of aanbiedt;
> 2°. aan iemand, anders dan op diens verzoek, toezendt.

#190 Overwogen zou kunnen worden art. 240 Sr zo op te stellen dat meer gedragingen onder het bereik van de bepaling vallen. (O4)

61 Na het verschijnen van het artikel van Kooij heeft de Hoge Raad zich hierover inderdaad uitgelaten in HR 17 december 2013, *NJ* 2014/149, m.nt. Keijzer. De strekking van dit arrest is onder meer besproken in paragraaf 2.9.2.3 en komt erop neer dat naast art. 246 Sr, ook art. 239 Sr in beginsel toepassing mist bij gevallen van heimelijk filmen.

Officier 4
Er is één punt waar ik laatst tegenaan liep. In art. 240 sub 2 Sr staat het woord 'toezenden'. Ik had laatst een casus waarin iemand dat op het startscherm had geplaatst. Het was een kantoortuin en hij beweerde dat het niet tegen iemand specifiek was gericht. Maar hij werkte daar niet meer. We liepen er tegenaan dat iemand zei: 'het valt niet onder toezenden'. De vraag is wil je het strafbaar maken dat iemand dat op zijn eigen startscherm doet? Is het alleen maar toezenden? Het eerste lid ziet op 'voor het openbaar verkeer bestemd', daar viel het niet onder, want het is niet voor openbaar verkeer bestemd. Je kan het niet zo oprekken dat een kantoortuin eronder valt. En hij valt ook niet onder het tweede lid. De wetgever zou moeten kijken of dit artikel voldoende dekkend is. Waarom staat er nou toezenden?

#191 Overwogen zou kunnen worden art. 240 Sr te schrappen. (A3; A4; R2) (zie #94, #104 en #192)

- Er wordt zelden of nooit vervolgd voor art. 240 Sr. (A3; A4; R2)
- Het toezenden van pornografie levert geen schade op. (A4)
- Art. 240 Sr staat op gespannen voet met de huidige seksuele moraal. (R2)

#192 Contra. Het verdient geen aanbeveling art. 240 Sr te schrappen. (R1) (zie #191)

- Art. 240 Sr is een kapstokartikel dat gebruikt kan worden als het nodig is. (R1)

Advocaat 3
Met betrekking tot art. 240 zou ik zeggen: afschaffen. Ik vind het niet van deze tijd en ik vind eigenlijk ook niet dat een strafrechter zich hiermee zou moeten bemoeien. Volgens mij gebeurt het ook echt nooit; dan kan die weg.

Advocaat 4
Voor art. 240 wordt ook helemaal niet vervolgd volgens mij. Wat mij betreft mag die er ook uit. Het is uit moreel gehalte de strafbaarstelling daarvan, het gaat niet om schadelijkheid. Nou, dan krijg je een porno cd toegezonden. Dat is dan een strafbaar feit. Dan denk ik: nee.

Rechter 2
Art. 240 ziet er ook op dat als je pornografie tentoonstelt of aanbiedt op of aan een plaats voor het openbaar verkeer bestemd. Als je 's avonds zapt naar iets fatsoenlijks zoals SBS 6 en je ziet daar al die hijgende vrouwen 'bel dit of dat', zou dat er niet onder vallen? Toch? Het is een achterhaald artikel gelet op de huidige gangbare seksuele opvattingen. 'Een voorwerp aanstotelijk voor de eerbaarheid', als je hier door de stad loopt, dan staan de dildo's zo bij

de sekswinkel in de etalage en daar loopt toch ook een kind van acht voorbij? Dus doe er wat aan, dat je zegt 'nou dat willen wij niet hebben', dus dan moet je het ook niet als reclame op televisie willen en dan moet je ook niet etalages van sekswinkels hebben waar die dingen in staan, of haal het eruit. Ik vind het een beetje op twee gedachten hinken van 'als we het nodig hebben en we hebben een stok nodig om mee te slaan, dan kunnen we hem van stal halen', maar het is eigenlijk toch een beetje een gelegenheidsartikel geworden. Pornografie toezenden anders dan op iemands verzoek, zou dat strafbaar zijn, dan zou je dat misschien strafbaar moeten stellen onder iets anders dan een apart artikel. Ik heb er geen problemen mee om dat strafbaar te stellen, maar vind het niet zo spannend. Dus dat is mijn pornografieopmerking: er wordt gehinkeld op twee gedachten. Of het al dan niet geschrapt moet worden, daarvan denk ik dat dat een politieke keuze is. Dus dat je als politiek zou moeten zeggen: 'wij willen dit wél of we willen dit niet'. En als wij dit niet willen, dan moeten we het ook vervolgen. Maar we weten allemaal dat het OM bezuinigt en die gaan het gewoon niet vervolgen, dus waarom zou je het erin laten staan voor die ene persoon die je dan wel wil pakken voor iets? En de rest laat je gaan en dan denk ik: 'schrap het dan, in de huidige tijdsgeest'. Als jij een foto van een blote mevrouw op een bushokje hangt, kan de burgemeester dat ook weg laten halen. Je kan gewoon een ordemaatregel nemen. Want dan wordt dat ook niet vervolgd hè.

Rechter 1
Nou pornografie, dat is altijd een lastige. Ik denk dat het een functie heeft. Op het moment dat je overduidelijk weet dat dit tot problemen leidt, dan doe je dat dus gewoon niet. En dat is ook deels situationeel gebonden. Als iemand in een discrete witte enveloppe iets wil ontvangen, prima. Maar als je ongevraagd mensen confronteert met alle vlees wat er is, niet doen dus. Dit is oude wetgeving, maar ook hier geldt weer: het is een kapstok. Als je echt vindt dat er iets aan gedaan moet worden dan… Dus ik denk dat het mag blijven.

3.7.3 Bestialiteit en bestialiteitspornografie (art. 254 en 254a Sr)

> Artikel 254 Sr
> Hij die ontuchtige handelingen pleegt met een dier wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 254a Sr
> 1. Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding – of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding – van een ontuchtige handeling, waarbij een mens en een dier zijn betrokken of schijnbaar zijn betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in bezit heeft.

2. Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

#193 Overwogen zou kunnen worden de artikelen 254 en 254a Sr te schrappen. (A2; A3; A4) (zie #194)

- Gedragingen die geen schade of het gevaar daarop met zich meebrengen, zouden niet tot strafbaarheid dienen te leiden. (A3; A4)

- Voor zover seksuele handelingen pijn of letsel bij een dier met zich meebrengen, valt dat reeds onder dierenmishandeling (art. 350 lid 2 Sr). (A2; A3; A4; O5; R1)

#194 Het verdient geen aanbeveling de artikelen 254 en 254a Sr te schrappen. (O5; R1) (zie #193)

Advocaat 2
Ik heb er hele gemengde gevoelens over of je bestialiteit nou strafbaar moet stellen of niet. Het is een hele politieke, morele beslissing. Kijk, dierenmishandeling is strafbaar. Ik kan me voorstellen dat als je dit opvat als dierenmishandeling, je dan klaar bent. Weet je, je krijgt een soort kinderpornovariant, maar dan met beesten. Dan ga je dus een beest afzetten tegen een kind, ook qua strafbedreiging en dat vind ik zelf nogal onwenselijk. Ik geloof niet dat ik hier verder nou echt iets van vind, maar dat komt meer omdat ik denk: moet je dit überhaupt strafbaar stellen?

Advocaat 3
De artikelen 254 en 254a moeten er echt uit. Ik vind dat echt verschrikkelijk. Ik vind dat echt een gedrocht dat dat in de wet staat. Ik vind dat het strafrecht zich niet moet bemoeien met dingen die misschien de gemiddelde mens moreel verwerpelijk vindt. Als een dier wordt verkracht en het is een cavia en die heeft er pijn van, dan is het gewoon dierenmishandeling. Is het een paard en voelt die er niks van, dan snap ik niet waarom de strafrechter zich daarmee moet bemoeien. Ik vind het echt verschrikkelijk. De gemiddelde mens vindt het allemaal fout en vies en weet ik veel wat, maar daar moeten we echt niet naar toe. Het strafrecht zou moeten gaan om letsel of gevaar, of je wilt kinderen of dieren beschermen. Maar nogmaals: een paard hoef je op dit terrein niet te beschermen. Het is echt zo van: 'wij vinden dit moreel verwerpelijk, dus wij vinden dat het maar strafbaar moet zijn'. Het verbaast mij ook dat er zo weinig discussie over is. Dat mensen zich dat niet realiseren. Hoe vaak zie je wel niet dat jongeren rare filmpjes vinden. En seks met dieren dat vind je op internet, dat is grappig om met elkaar te delen. Je bent gewoon hartstikke strafbaar, maar mensen weten dat niet eens. Ik vind het echt belachelijk dat dat strafbaar is gesteld.

Advocaat 4
Art. 254a moeten ze afschaffen, omdat het een volkomen idioot artikel is. Dierenmishandeling is een strafbaar feit. Daar kun je al mensen voor vervolgen. 254a voegt niets toe. Ja, het voegt iets toe: een moreel oordeel. Maar ik vind dat een moreel oordeel niet ten grondslag moet liggen aan het strafbaar stellen. Het moet strafbaar worden gesteld als je iemand daadwerkelijk schade toebrengt. Ik denk niet dat je een paard schade toebrengt als je je daarop gaat aftrekken of zo. Het is een heel moreel oordeel. En ik vind een moraal *an sich* niet strafbaar stellend. En wat het meest idiote van dat artikel is, is het strafbaar stellen van virtuele bestialiteitspornografie. Daar kan ik echt helemaal niet bij. Waar moet ik dan aan denken? Het is ook strafbaar gesteld omdat het – net als bij kinderpornografie – anderen zou aanzetten; het normaal zou maken dat zoiets kan. Gaat het paard nou denken dat het normaal is als dat niet strafbaar is gesteld? Het is zo'n idiote strafbaarstelling. En dan die discussies daarover. Is dit nou een echt paard of is dit een neppaard? En in wiens ogen is dit nou een neppaard of een echt paard. Is dat voor een kind? Nou echt waar, ik vind het idioot. Het moet zo snel mogelijk worden afgeschaft. En hetzelfde geldt voor art. 254. Dat heeft geen enkele toegevoegde waarde.

Officier 5
Voor de rest vind ik er niet zo veel van. Ik snap dat het er gekomen is. Ik heb niet het idee dat dit gekomen is vanuit het idee dat we dieren moeten beschermen, maar meer omdat we het gewoon viezig vinden; het idee gewoon vies vinden. En wij zien dat mensen die over het algemeen ook kinderporno hebben, over het algemeen ook dierenporno hebben. Wij zien dat gewoon heel veel, al jaren. Kijk, mensen die kippen verkrachten, dat vind ik meer dierenmishandeling, maar al die films die wij allemaal zien met paarden en schapen: wij schrikken er niet heel erg meer van. Ik snap dat mensen het strafbaar vinden, maar in hoeverre het nou zo schadelijk is voor die dieren vraag ik me af hoor. Kijk, op het moment dat het dierenmishandeling is, of je de dieren er mee beschadigt, dan is het heel iets anders, maar dit is puur vanuit ethisch standpunt strafbaar. Ik denk dat het wel een goede reden is. Ik heb er zelf persoonlijk wat minder moeite mee. Ik zie er binnen de opsporing van kinderporno niet zo heel veel grote misstanden in. Die misstanden zijn er hoor, absoluut. Maar dan zit het wat mij betreft echt in de sfeer van dierenmishandeling. Er zijn heel veel mensen die seks met dieren hebben en die heel lief met hun dier omgaan en die hun dier als een partner zien. Ja weet je, een dier of een pop of... ik zie allerlei rare varianten, dus persoonlijk lig ik niet zo heel erg wakker van die dierenporno-industrie, de lieve dierenporno-industrie. Maar ik zeg niet dat het eruit zou moeten. Laat het maar bestaan. Er is gewoon behoefte aan om hier iets tegen te doen. Alleen ik zie er geen zaken van komen. Wij doen er als het gaat om simpele bezitters van dierenporno niks mee in ieder geval. Maar bij ons is het altijd in combinatie met kinderporno en dat is natuurlijk heel iets anders. Mensen vinden het viezig en willen niet weten dat het bestaat. En de hele dierenporno-industrie die hier in Ne-

derland bestond, is helemaal dood. Sinds het strafbaar is zijn al die bedrijven vertrokken, dus dat wordt nu allemaal in het buitenland gemaakt. Maar we zien het nog genoeg. Dat is het probleem niet. Ik snap dat het er uiteindelijk in moest komen, maar ik heb er niet echt problemen mee verder.

Rechter 1
Bestialiteit, sommige beesten zullen er geen last van hebben. Maar ook hier geldt weer: sommige dingen wil je niet hebben. Deze bepaling is vanuit een ethisch besef opgezet. In vroegere tijden werd er heel anders over gedacht. Ik kan je een boek laten zien wat ik aan het lezen ben over de verhouding tussen mensen en dieren en de natuur. Een grappig geschiedenisboek. Inmiddels is het tot een ethisch probleem verworden. We vinden het gewoon ranzig, plat gezegd. Prima, uiteindelijk mag je als wetgever zeggen: 'dit willen we gewoon niet hebben'. Het maken van bestialiteitspornografie is eigenlijk hetzelfde verhaal: dat vinden we met z'n allen zo smerig. En als mensen zich daar al of niet vrijwillig voor lenen. Aan die dieren wordt niets gevraagd, maar die zijn zodanig ruim bemeten dat het geen dierenkwelling oplevert. Kijk, als je een dier pijn doet. Dat is allemaal logisch, maar dan valt het al onder andere delictsomschrijvingen. Maar hier gaat het om 'overige liederlijkheid'. Subtitel: 'overige liederlijkheid'. Ik denk dat dat prima is. Want ook hier geldt weer: dan kun je bepaalde dingen bestrijden die je gewoon in brede zin in de maatschappij niet hebben wil. Hiervoor geldt ook weer: laat het maar zo.

3.7.4 Toedienen van bedwelmende drank (art. 252 Sr) en kind afstaan voor bedelarij of gevaarlijke verrichtingen (art. 253 Sr)

Artikel 252 Sr
1. Met gevangenisstraf van ten hoogste negen maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft:
   1°. hij die aan iemand die in kennelijke staat van dronkenschap verkeert, bedwelmende drank verkoopt of toedient;
   2°. hij die een kind beneden de leeftijd van zestien jaren dronken maakt;
   3°. hij die iemand door geweld of bedreiging met geweld dwingt tot het gebruik van bedwelmende drank.
2. Indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
3. Indien het feit de dood ten gevolge heeft, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.
4. Indien de schuldige het misdrijf in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

Artikel 253 Sr
Hij die een onder zijn wettig gezag staand kind beneden de leeftijd van twaalf jaren aan een ander afstaat of overlaat, wetende dat het tot of bij het uitoefenen van bedelarij, van gevaarlijke kunstverrichtingen of van gevaar-

lijke of de gezondheid ondermijnende arbeid zal worden gebruikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.

#195 Overwogen zou kunnen worden de zedentitel uitsluitend te beperken tot delicten die betrekking hebben op de zedelijkheid in seksuele zin. Dat brengt mee dat bepaalde delicten, zoals het toedienen van bedwelmende drank (art. 252 Sr) uit de zedentitel zouden moeten worden gehaald. (O2; O3; O5; A2; A3; R2) (zie #131 en #132)

#196 Overwogen zou kunnen worden art. 253 Sr te schrappen. (O5; A3)

- Gedragingen die vallen onder art. 253 Sr worden voor een belangrijk gedeelte bestreken door het mensenhandelartikel (art. 273f Sr). (O5; A3)

#197 Overwogen zou kunnen worden art. 253 Sr (afstaan van kind beneden de twaalf jaar voor bedelarij of gevaarlijke gedragingen) van toepassing te verklaren op kinderen onder de achttien jaar. (A2)

#198 Overwogen zou kunnen worden de gedragingen die vallen onder art. 252 Sr van een hogere strafbedreiging te voorzien. (A2)

Officier 2
Er zou moeten worden onderzocht of art. 252 en art. 253 nog wel passen in de zedenparagraaf van de huidige tijd. Van dierenseks snap ik dat dat erin hoort. We zouden de zedenparagraaf beter kunnen beperken tot delicten die gaan over de seksuele zedelijkheid, omdat het anders ook zo'n vertroebeling oplevert. De dingen worden steeds lastiger te vinden. Normaal gesproken wordt dan gezegd dat het historisch zo gegroeid is en dat we het ermee moeten doen, maar als nu zich de kans aandient om het aan te pakken, dan vind ik dat die kans zeker gegrepen zou moeten worden.

Officier 3
Een aantal van die feiten zou ik niet in de zedentitel laten. We kunnen nu beter zedendelicten beperken tot meer seksuele zedendelicten.

Officier 5
'Toedienen van bedwelmende drank': ik kan mij niet herinneren dat ik daar ooit iets van gezien heb. Dit is echt iets van twee eeuwen geleden! Je zou er in ieder geval eens heel hard over na moeten denken of dit nog steeds iets is wat je op deze manier strafbaar stelt. En waarom het ook in dit artikel zou moe-

ten? Voor kinderen zou het misschien onder de zedelijkheidswetgeving vallen, maar het schenken van alcohol aan iemand die al hartstikke dronken is... Als je vindt dat dat nog steeds strafbaar zou moeten zijn – waarvan ik me afvraag of je dat ook niet via horecavergunningen zou kunnen regelen – doe dat dan in het hoofdstukje waar het gaat over de lichamelijke integriteit van personen of zo. Dronken mensen kunnen we toch niet onder de zedelijkheid scharen? Dit is echt iets waar over nagedacht zou moeten worden of je dat allemaal nog nodig vindt en of al die leden nog nodig zijn. En 'een kind afstaan voor bedelarij' is ook 'stroperij', zeg maar dat niveau. Ik kan me niet herinneren dat ik daar ooit iets van gezien heb. Als we dat soort situaties hebben, lossen we dat anders op. Volgens mij gaat dat eerder onder mensenhandel vallen of zo. Volgens mij mist niemand dit. Dat zou er uit kunnen. Als je situaties ziet die zo schrijnend zijn, dan is daar altijd wel iets anders voor te vinden.

Advocaat 2
Die bedwelmende toestand, dat moet je gewoon fors zwaarder bestraffen, of je moet het doen zoals ik net zei, in een aparte strafverzwarende omstandigheid. Haal dat uit de zedentitel en stel het gewoon apart strafbaar. Art. 253 zou ik ook apart doen, maar maak dat gewoon beneden de achttien. Dat moet niet gekker worden, dat je een kind van dertien wel mag afstaan voor bedelarij.

Advocaat 3
Art. 252 hoort natuurlijk niet in de titel zedendelicten thuis. Het heeft niet met de zeden of met seksualiteit te maken. Het is iemand dronken voeren en dat kan lichamelijk letsel of de dood ten gevolge hebben, maar dat heeft niks te maken met de seksuele integriteit.

Je zou er ook goed naar moeten kijken of art. 253 niet afgeschaft moet worden. Ik denk namelijk dat het onder het mensenhandelartikel zou kunnen worden gebracht. In ieder geval in een moderne context moet worden geplaatst.

Rechter 2
Ik vind 252 en 253 hier niet thuishoren. Art. 252 en 253 hebben niets te maken, volgens mij, met de zedelijkheidswetgeving. Het is de vraag waar je dit zou moeten zetten. Misschien eerder in de richting van de mishandeling of zo. Hier moet het niet staan.

3.8 Varia

3.8.1 Heimelijk filmen met een seksuele strekking

#174H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking expliciet in de zedentitel strafbaar te stellen. (Notitie OM 2014; O1; O2; A3; R2; Kooij) (zie #174)

#175H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking in schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) te incorporeren. (R2) (zie #175)

- Heimelijk filmen met een seksuele strekking wordt na de recente jurisprudentie van de Hoge Raad niet langer adequaat gedekt door art. 246 Sr. (Notitie OM 2014; O1; O2; R2)
- Heimelijk filmen met een seksuele strekking op een openbare plaats wordt niet adequaat gedekt door art. 139f Sr. (Notitie OM 2014; O1; O2; Kooij)
- Heimelijk filmen met een seksuele strekking kan onder omstandigheden onder art. 240b Sr gebracht worden. Dit kan echter hoogstens beschouwd worden als een tijdelijke oplossing. (Notitie OM 2014)
- Het is van belang dat op het strafblad zichtbaar is dat iemand zich schuldig heeft gemaakt aan heimelijk filmen met een seksuele strekking. Dat kan bijvoorbeeld van belang zijn in verband met het verstrekken van verklaringen omtrent het gedrag. (Notitie OM 2014; Kooij)
- De strafbaarstelling van heimelijk filmen met een seksuele strekking is van belang om opsporingsactiviteiten te kunnen ontplooien. (O1)
- Onder de huidige wetgeving kunnen nochtans enige opsporingsactiviteiten worden ontplooid indien heimelijk filmen in de openbare ruimte strafbaar is gesteld in de APV. (O1)

#176H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking onder de reikwijdte van art. 246 Sr te brengen. (RK) (zie #176)

- Heimelijk filmen met een seksuele strekking kan beschouwd worden als een vorm van ‘dwingen’ als omschreven in art. 246 Sr. (RK)

Notitie OM 2014 (document)
‘Door de Hoge Raad is inmiddels vastgesteld dat het heimelijk filmen van naakte mensen, meerderjarigen en minderjarigen, geen aanranding oplevert in de zin van artikel 246 Sr. Het heimelijk filmen is daarmee alleen strafbaar

als het overtreding van artikel 139f Sr oplevert. Dat artikel stelt strafbaar het filmen met een verborgen camera in een woning of op een andere plaats die niet voor het publiek toegankelijk is. Het lijkt er op dat op grond van artikel 441b Sr het filmen in bijvoorbeeld een kleedhokje dat op het strand staat (en daarmee voor iedereen toegankelijk is), of het filmen van zich omkledende studentes in een openbare kleedruimte van een universitair sportcomplex, strafbaar is gesteld.

Ten gevolge van de jurisprudentie er geen manier meer om op iemands strafblad te zien dat deze middels een verborgen camera heeft gefilmd, op een wijze die seksueel getint is. De problematiek die samenhangt met het filmen van naakte mensen die zich daarvan niet bewust zijn, is een heel andere dan die van mensen die om andere redenen in het geheim filmen. De personen die vanuit seksuele motieven heimelijke filmopnames maken, verwerken deze beelden niet zelden tot nieuwe (pornografische) afbeeldingen, die via internet verspreid worden, met name in de gevallen waarin minderjarigen gefilmd worden. Bij het filmen worden niet alleen camera's heimelijk in ruimtes (badkamers, kleedkamers, toiletten, kinderkamers) verstopt, maar bedient men zich bijv. ook van camera's in speciaal geprepareerde tassen.

Het is de vraag of niet op het strafblad zichtbaar zou moeten zijn dat deze problematiek heeft gespeeld, dit in verband met bijvoorbeeld het verstrekken van verklaringen omtrent het gedrag.

De rechtspraak heeft ondertussen een tijdelijke "oplossing" gevonden voor de gevallen waarin vanuit seksuele intenties minderjarigen gefilmd zijn: ondanks het feit dat op de gemaakte beelden, waarin veelvuldig wordt ingezoomd op (al dan niet bedekte) geslachtsdelen van de minderjarigen, geen seksuele gedragingen zoals vereist in artikel 240b Sr zichtbaar zijn, oordelen vele rechters dat niettemin sprake is van kinderpornografische beelden, met verwijzing naar HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO-6446, NJ 2011/81 en de "wijze van totstandkoming" die de beelden een "onmiskenbaar seksuele strekking" geven. Een dergelijke constructie is ten opzichte van volwassenen echter binnen de huidige wetgeving niet mogelijk.

<u>Voorstel</u>: maak een artikel dat het filmen met seksuele connotatie strafbaar stelt en neem dat op in de zedentitel.'

Officier 1

Het filmen zonder vastleggen is een heikel punt. We hebben meerdere handvatten, zodra we een feit hebben waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten, dat is niet nieuw. We kunnen nog wel gegevensdragers in beslag nemen, maar dat is vaak bij een verdenking van onder andere kinderporno en dan moeten er wel echt concrete aanwijzingen zijn. Wij hebben last gehad met het heimelijk filmen wat wél aan het licht kwam doordat omstanders iemand zagen filmen bij een evenement. Zij zagen een man die zich raar gedroeg en allerlei foto's maakte. Daar is hij op aangesproken en uiteindelijk is hij aangehouden, toen op 246. Uiteindelijk is daar toen natuurlijk door een uitspraak van de Hoge Raad een halt aan toegeroepen; dat kon niet meer. En dan houd je alleen nog de mogelijkheid van 139f over, het filmen, maar als je dan weer

teruggaat naar de dagelijkse praktijk, dan is het dus lastig om in een situatie waarin omstanders zeggen 'die man gedraagt zich raar' mogelijkheden te hebben om hem aan te spreken dan wel al daar te verdenken van een zedenfeit. Terwijl dat uiteindelijk wel zijn intentie was, want later bleek bij onderzoek aan de gegevensdragers dat hij ook heel veel kinderporno bezat. Wat daar het lastige is, is dat we dus niet kennelijk een start van een onderzoek krijgen, omdat we nog niet weten of iemand ook daadwerkelijk jeugdigen heeft vastgelegd. Dat kan je pas zien als je aan die gegevensdragers kan komen en daar onderzoek aan kan verrichten. Dus wat we voorheen nog wel deden met een aanhouding voor feitelijke aanranding, kunnen we dat nu niet meer en hebben we dus het probleem dat we uiteindelijk niet bij de gegevensdragers terecht kunnen komen. Tenzij er natuurlijk meerdere verwijten te maken zijn, maar zo simpel was de zaak. Als heimelijk filmen apart strafbaar gesteld zou worden, zodat je in ieder geval daar een onderzoek kan starten, zou ik daar wel iets voor voelen.

Wij hebben het nu opgelost door hier in de APV een artikel op te laten nemen. Je hebt natuurlijk wel 139f, maar dat is in een woning, maar je wilt het ook in de openbare ruimte strafbaar stellen. Zeker bij evenementen. En dat is dan iets wat de gemeente zelf kan opnemen in de APV. En wat ze hier dan uiteindelijk hebben laten doen. Nu hebben we een overtreding van de APV en de politie kan daar dus bij een evenement een start van onderzoek mee hebben: iemand kunnen aanhouden of in ieder geval de telefoon kunnen bekijken. Uiteindelijk ben je op zoek naar wat iemand bezighoudt om zich zo te gedragen en wat daar dan nog meer achter schuilt. Het is heel zelden dat je iemand met een hele uitgebreide zedendocumentatie treft, want dat doet natuurlijk meteen alle alarmbellen rinkelen. Het is toch heel opvallend dat je telkens weer met *first offenders* te maken hebt. Voordat ze tegen de lamp lopen, hebben ze vaak al bepaald gedrag ontwikkeld. En dat is het beste – ook met bezit van kinderporno – aan de gegevensdragers te onderzoeken. En dan is van belang dat we een strafonderzoek krijgen voor dat gedrag dat ze op straat laten zien. En dat hebben wij dus op die manier geregeld.

Officier 2

Van heimelijk filmen met een seksuele strekking heeft de rechter op een gegeven moment duidelijk gezegd: het is geen aanranding in strafrechtelijke zin. Dat vinden wij heel vervelend, alleen al omdat mensen op die grond – en volgens mij helemaal terecht – in voorlopige hechtenis zijn gezet.

Ikzelf wil graag dat dit gedrag strafbaar is. Op zich maakt de grondslag mij niet zo veel uit, maar art. 139f past hier echt niet goed bij. Die seksuele strekking maakt het een andere normschending dan die waar zes maanden gevangenisstraf op staat, zoals art. 139f; in douches en toiletten filmen is van een heel andere orde dan ongevraagd de verjaardag van je buurman filmen. In de jurisprudentie zien we ook de aard van dit soort seksueel heimelijk filmen terug. Bijvoorbeeld de baas van een pizzeria die allemaal studenten voor zich had werken en op een gegeven moment een camera had aangebracht in de wc, omdat hij het idee had dat die studentes, zijn personeel, coke

snoven op de wc. Dat bleek niet waar te zijn, maar hij had die camera daar en was er een beetje verslaafd aan geraakt om naar die meiden te kijken als ze naar het toilet gingen. Dat nam hij ook op, dus die man had een soort van kijkkamertje daarboven. Dat is destijds nog wel als aanranding bewezen verklaard. En er was een man die op het strand zat te filmen, maar die was ook alleen maar blote borsten van vrouwen aan het filmen. Dat zag je wel aan de resultaten. Als je die zaken bekijkt, dan zie je dat zowel het gedrag als het resultaat van de opnamen heel seriematig en ook seriematig seksueel getint is. Zo was er ook een man die vrouwen in winkels filmde onder hun rokken. En die man had dus in zijn huis circa honderd afbeeldingen van onderbroeken van dames onder hun rokken.

Advocaat 3
Voor wat betreft de aanranding merk je dat ze een beetje in de knel zitten met het stiekem filmen. Waar brengen we dat onder? Ik vind het echt oneigenlijk dat dat onder aanranding wordt gebracht, dus dan zou je moeten nadenken op wat voor een manier je daar een delictsomschrijving kan maken die wel past. Het is een lacune, want hier staat aanranding. Daar heb je toch echt wel bedreiging met geweld, onverhoeds plegen of dulden van ontuchtige handelingen nodig. En ontuchtige handelingen dulden is niet als iemand even een cameraatje onder mijn douchehokje doet. Dat voelt niet lekker, dus dat betekent denk ik dat er situaties denkbaar zijn die wel strafwaardig worden geacht, maar die niet ergens onder gebracht kunnen worden. Dan moet je gewoon een nieuw wetsartikel maken. Daar zijn ze dol op, alleen wat mij betreft op de verkeerde momenten.

Rechter 2
Ik heb nog een punt over dat stiekem filmen. Daar moesten we toen opeens voor vrij gaan spreken. We hadden een meneer hier die foto's onder de rokjes maakte in winkels. Nou ja, dat was niet strafbaar meer op enig moment als er geen interactie was. Maar die man had in dat geval toevallig die mevrouw aangeraakt met zijn hand tegen het been en zo kwam ze erachter en toen was er dus wel interactie geweest. Ik vind dat we iets moeten doen met de stiekeme delicten, dus het stiekem filmen in douchehokjes of het stiekem iets met iemand doen als die persoon slaapt. Ik zou het ook niet weten hoe ik het moet verwoorden, maar al die heimelijke, steelse zaken, waar dus iemand op het moment zelf niet weet dat er wat gebeurt, maar dat achteraf wel te weten komt, zouden ook strafbaar moeten zijn. Je maakt namelijk een inbreuk op iemands integriteit. Dat is niet bekend op het moment zelf, maar wordt achteraf wel bekend. En dat zou nog wel erge consequenties kunnen hebben, omdat je denkt: 'ik moet voortaan altijd opletten als ik hier zit, want je weet maar nooit'. Er moet dus een strafbaarstelling komen voor zedendelicten waarvan de ontdekking pas na het plegen van het feit plaatsvindt.

Je zou dit soort delicten bij die schennis van de eerbaarheid artikelen kunnen opnemen. Gewoon van die kleintjes aan het eind van wat ook niet mag: je mag niet potloodventen, je mag geen vrouwen stiekem filmen etc. We

hadden laatst een jongen die had op zijn wc een camera opgehangen en die was helemaal geobsedeerd door een jonger jongetje en die ging alleen maar filmpjes van die plassende jongen maken. Is dat strafbaar of niet? Nou ik vind dat gewoon strafbaar en dat zou je dan ergens bij deze artikelen onder moeten brengen.

Renée Kool
Wat art. 246 Sr en heimelijk filmen betreft: ik erger me aan de huidige situatie; dat heimelijk filmen geen aanranding, geen 'dwingen' is. Dat gaat er bij mij niet in. Ik vind dat je de seksuele integriteit schendt. Wat mij betreft is heimelijk filmen aanranding: het moeten dulden van ontuchtige handelingen. Je dwingt mij, omdat je niet mijn consensus vraagt – niet de *reasonable steps* neemt tot de handelingen. Het rare is ook: bij art. 242 Sr redeneren we niet vanuit het slachtoffer, maar vanuit de dader, maar bij art. 246 Sr kennelijk niet. Want jij vraagt niet van tevoren – bewust niet – mijn toestemming om mij te filmen terwijl ik me sta om te kleden. Je geeft iemand niet eens de kans. Er is dus een omgekeerde redenering; ik begrijp die niet goed. En het is evident dat iemand mij tot iets dwingt en dat die geen andere klare bedoeling heeft dan mij schaakmat te zetten. En die wordt vervolgd voor heimelijk fotograferen. Ja, dan denk ik: 'dat is niet wat er speelt'. Ik vind dat ergerlijk. Heimelijk filmen moet dus een vorm van aanranding worden.

Kooij (document)[62]
'De Hoge Raad overweegt dat het vervaardigen van een afbeelding met gebruikmaking van een technisch hulpmiddel, waarvan de aanwezigheid niet op duidelijke wijze kenbaar is gemaakt, strafbaar is gesteld in artikel 139f Sr. De vraag is echter of artikel 139f Sr voldoende recht doet aan de aard van deze gedraging. Het heimelijk filmen of fotograferen van (deels) naakte mensen zal immers in overwegende mate zijn ingegeven met het oog op seksuele bevrediging. Vanuit dat perspectief ligt een strafvervolging op basis van een zedenartikel meer in de lijn der verwachting.
(...)
Valt het stiekem filmen van (deels) naakte personen onder de reikwijdte van artikel 239 Sr? Mijns inziens wel. Bij artikel 239 Sr gaat het om handelingen die door de meerderheid van de Nederlandse bevolking worden afgekeurd en die bovendien seksuele schaamte oproepen. Doordat een persoon zich (...) omkleedt in een daarvoor bestemd kleedhokje sluit hij/zij zich af van derden en geeft daarmee ondubbelzinnig aan zich in afwezigheid van derden te willen omkleden. Als deze persoon dan toch in naakte toestand ongewild, heimelijk wordt gefilmd dan wel gefotografeerd, kan hij/zij door deze handeling in zijn/haar seksueel schaamtegevoel/eerbaarheid worden gekwetst. Dit kan als feit van algemene bekendheid worden beschouwd. Het is ook van belang dat de betrokken persoon ongewild wordt geconfronteerd met deze handeling.
(...)

62 Kooij, *Strafblad* 2013, p. 248, 250, 252 (voetnoten weggelaten).

Waarom is het relevant of de gedragingen waarop in deze bijdrage wordt gedoeld onder artikel 239 Sr of onder artikel 139f Sr vallen? Voorlopige hechtenis is immers voor geen van beide artikelen toegestaan en ook de verschillen in de opgelegde straffen zijn niet indrukwekkend. En verder volgt uit het voorafgaande betoog dat het enkele waarnemen wel onder artikel 239 Sr, maar niet onder artikel 139f Sr kan vallen. Ook het van dichtbij filmen of fotograferen van delen van het menselijk lichaam valt vermoedelijk niet onder artikel 139f Sr, maar weer wel onder artikel 239 Sr. Uit de justitiële documentatie zal bij artikel 239 Sr direct blijken dat het een zedendelict betreft. Dit heeft ook consequenties voor het verkrijgen van een verklaring omtrent het gedrag, waar zedendelicten als risicoprofiel worden aangemerkt. En daar ligt mijns inziens het belang van een bewezenverklaring in de zin van artikel 239 Sr. Een zedenartikel als artikel 239 Sr doet immers meer recht aan de aard van de gedraging, gelet op de seksuele motieven die doorgaans ten grondslag liggen aan het stiekem filmen van (deels) naakte personen dan artikel 139f Sr. Ook sluit de kwalificatie van een gedraging onder het ene artikel (zoals onder omstandigheden artikel 139f Sr), de kwalificatie onder een ander artikel (zoals artikel 239 Sr) niet uit.

Waar de Hoge Raad op 14 februari 2012 een einde maakte aan de onwenselijke rechtsongelijkheid met betrekking tot artikel 246 Sr, is thans een nieuwe rechtsonzekerheid ontstaan over artikel 239 Sr. Nu cassatie is ingesteld door het Openbaar Ministerie in de Arnhemse zaak van 9 oktober 2012, is de verwachting dat de Hoge Raad zich ook over deze juridische kwestie zal uitlaten.[63] Indien de Hoge Raad zou beslissen dat het maken van heimelijke opnames niet onder de reikwijdte van artikel 239 Sr valt, dan is naar mijn mening de wetgever aan zet. Het algemeen belang is er niet mee gediend dat delicten met een duidelijk seksuele component onherkenbaar opgaan in andersoortige, niet-seksuele delicten.'

3.8.2 Seksueel getint communiceren met kinderen

#105H Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 248e Sr zo aan te passen dat daaronder alle seksueel getinte communicatie valt die gericht is op seksuele handelingen met en door minderjarigen. Dat brengt mee dat het gehele traject van oneerbare voorstellen, seksueel getinte chats, webcamactiviteiten en op seksuele handelingen gerichte afspraken tot ontmoetingen onder de strafbaarstelling vallen. Daaruit volgt tevens dat het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' dient komen te vervallen. (Notitie OM 2014; O1; O2; O3;

[63] Na het verschijnen van het artikel van Kooij heeft de Hoge Raad zich hierover inderdaad uitgelaten in HR 17 december 2013, *NJ* 2014/149, m.nt. Keijzer. De strekking van dit arrest is onder meer besproken in paragraaf 2.9.2.3 en komt erop neer dat naast art. 246 Sr, ook art. 239 Sr in beginsel toepassing mist bij gevallen van heimelijk filmen.

O4; O5; R2; NRM; NRM-doc) (zie #105, #118, #118H, #129 en #134)

- In veel gevallen waarbij aantoonbaar langdurige en seksueel getinte inmenging door een volwassene in de persoonlijke belevingswereld van een kind heeft plaatsgevonden, is onvoldoende bewijs voor art. 248e Sr voorhanden. (Notitie OM 2014; O3; O5)

- Dergelijke op dit moment niet-strafbare gedragingen komen op grote schaal voor. (Notitie OM 2014; O3; O5)

- In deze periode bestaan onvoldoende mogelijkheden opsporingsactiviteiten te ontplooien. (Notitie OM 2014; O2; O3; O5)

- Als de inmenging van de volwassene seksuele aspecten krijgt, dan is de drempel naar een ontmoeting en vaak feitelijke seks vaak al te laag om nog weerstand te kunnen bieden. (Notitie OM 2014)

- Het inkapselingsproces, dat een lange periode kan beslaan, levert op zichzelf al vaak schade op. (Notitie OM 2014; O5; R2; NRM; NRM-doc)

- Indien de strafbare gedraging in art. 248e Sr verder naar voren wordt gehaald, dan zullen mensen onwenselijk gedrag mogelijk eerder melden bij de politie. (O2)

#106H Indien het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' niet wordt verwijderd uit art. 248e Sr, dan zou overwogen kunnen worden het artikel te schrappen. (O4) (zie #106)

#107H Overwogen zou kunnen worden een nieuw geformuleerd groomingsartikel (zie #105) te koppelen aan strafverzwaringsgronden, zoals de door de dader voorgestelde leeftijd, het maken van een afspraak of het doen bewegen tot seksuele handelingen voor de webcam. De maximumstraf bij het stapelen van strafverzwaringsgronden zou van vergelijkbaar niveau moeten zijn als het delict verkrachting. (O5) (zie #47, #56, #56H, #107, #165 en #180)

#108H Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr te koppelen aan strafverzwaringsgronden, zoals het aan iemands zorg toevertrouwd zijn van de jeugdige of de omstandigheid dat iemand reeds eerder veroordeeld is wegens een zedendelict. (A2) (zie #69, #108, #122, #125, #125H, #144, #144H en #151)

#109H Overwogen zou kunnen worden het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr te koppelen aan de voorstelling van de dader. (Notitie

OM 2014; O1; O2; O5; A5; R1; R2; R4; NRM; RK) (zie #109, #119 en #119H)

- Als een chat wordt gevoerd dan wel wordt overgenomen door een persoon die ouder is dan vijftien jaar, zoals een opsporingsambtenaar, journalist of een ouder familielid, dan is geen sprake van strafbaarheid wegens art. 248e Sr. (Notitie OM 2014; O1; O2; O5)

- Het huidige vereiste dat de persoon met wie de dader contact heeft daadwerkelijk jonger moet zijn dan zestien jaar beperkt de opsporingsmogelijkheden aanzienlijk. (Notitie OM 2014; O2; O5)

- De inzet van lokpubers kan een generaal preventief effect hebben. (NRM)

#110H Indien het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr wordt gekoppeld aan de voorstelling van de dader, dan zou overwogen kunnen worden de inzet van lokpubers voor te behouden aan officiële opsporingsinstanties. (NRM; NRM-doc) (zie #110)

Notitie OM 2014 (document)
'Aan het daadwerkelijk hebben van seks met een minderjarige naar aanleiding van contacten gelegd op internet, gaat vaak een lang proces van inpalmen vooraf. Als dat inpalmen mede bestaat uit het uitwisselen van seksueel getinte filmpjes of foto's, dan levert dat strafbare feiten op. Bij een filmpje dat een volwassene aan een minderjarige stuurt, levert dat overtreding van artikel 240a Sr op. Als een minderjarige een seksueel getint filmpje stuurt aan de volwassene, dan is die volwassene in het bezit van kinderporno en is er overtreding van artikel 240b. In die gevallen zijn er mogelijkheden om in te grijpen voor politie en OM.

Wanneer het slachtoffer onder dwang of beloftes van geld of goederen seksuele handelingen voor de webcam verricht (en die beelden worden niet opgeslagen, zodat geen sprake is van overtreding van art. 240b Sr), kan onder omstandigheden sprake zijn van overtreding van art. 248a Sr ("verleiding").

Als er daadwerkelijk via internet een ontmoeting wordt voorgesteld met het oogmerk ontuchtige handelingen met een zestienminner te plegen of het maken van kinderpornografische afbeeldingen van die zestienminner én er ook nog sprake is van handelingen die gericht zijn op het verwezenlijken van die ontmoeting, dan is er ook een strafbaar feit, namelijk 248e Sr ('grooming').

In veel gevallen is er geen sprake van zo'n concreet geduid voorstel tot ontmoeting, noch kan al meteen bewezen worden dat er filmpjes of foto's zijn uitgewisseld of dat men voor de webcam heeft gezeten. Wel is er dan veelal sprake van een – via chathistorie te bewijzen – vergaande en langdurige inmenging door een volwassene in de persoonlijke belevingswereld van een kind. Als deze inmenging seksuele aspecten krijgt, wat vaak stap voor stap gebeurt, dan is de drempel naar een ontmoeting en vaak feitelijke seks – ook

als de minderjarige pas bij de ontmoeting zelf erachter komt dat degene waarmee gechat werd in feite veel ouder is dan hij zich voordeed – laag. Te laag vaak om nog weerstand te kunnen bieden. Hetzelfde geldt voor de drempel naar het plegen van seksuele handelingen voor de webcam of fotocamera door de minderjarige (artt. 240b en 248a Sr).

In een tijdlijn van contact tussen een verdachte en een minderjarig slachtoffer is er dus maar een heel kort en specifiek moment of periode waarin het seksueel getint chatten overgaat in het daadwerkelijk maken en nakomen van een afspraak elkaar te ontmoeten of het plaatsnemen achter de webcam. Daarmee is de periode waarbinnen door opsporingsdiensten kan worden ingegrepen ook zeer kort. Als er al voldoende bewijs is voor overtreding van de artikelen 240b, 248a en 248e Sr, dan bestaat dat bewijs vaak uit eveneens voldoende bewijs voor het ook daadwerkelijk hebben plaatsgevonden van die ontuchtige handelingen en is het kwaad al geschied.

De schade van het veelvuldige sekschatcontact tussen een volwassene en een minderjarige zit daarnaast niet alleen in de drempel tot lichamelijk of webcam-misbruik die erdoor verlaagd wordt. Het gedrag kan gezien worden als seksueel stalken of seksueel inkapselen van het kind. Dat hele inkapselingsproces (dat niet zelden vele maanden of zelfs jaren kan beslaan) levert op zichzelf al vaak blijvende schade op. De minderjarige wordt in een belevingswereld getrokken waar hij nog niet hoort, wordt "gedwongen" dit verborgen te houden, telkens online te komen, seksuele fantasieën te beschrijven/verzinnen, etc. Het is dat stalkingsaspect en het gevoel van de minderjarige om niet meer uit de situatie te kunnen komen, dat op zichzelf al grote psychische schade kan opleveren.

De praktijk kent talloze voorbeelden van dit soort chatgedrag. Zodra men zich op het internet voordoet als minderjarige, wordt men op sommige sites vrijwel meteen benaderd door mensen die willen chatten en die snel overgaan op seksuele chats. Er is een recent voorbeeld van een leraar die dagelijks met een van de leerlingen van zijn school seksueel getinte chats uitwisselde. Er zijn mannen die op die manier chatten met kinderen die opgenomen zijn in opvoedingsinstellingen. Het aantal voorbeelden is legio.

Veel op deze manier "groomende" verdachten richten zich tevens (of voornamelijk) op het dwingen of verleiden van de minderjarige tot het voor de webcam plegen van seksuele handelingen met zichzelf. Bij een substantieel deel van de zaken waarin grooming speelt, is het verkrijgen van webcambeelden het belangrijkste doel van de verdachte of richt hij zich zowel op het maken van afspraken met minderjarigen "in real life" als op het verzamelen van zoveel mogelijk webcambeelden. Zaken waarin de groomer zich uitsluitend richt op het maken van afspraakjes, komen weinig voor, terwijl in veel gevallen sprake is van tientallen tot honderden slachtoffers per zaak met wie in ieder geval seksueel getint gechat wordt, maar die ook meestal gebracht zijn tot het plegen van seksuele handelingen voor de camera.

Dit chatten op deze indringende en vaak vergaande seksuele en seksualiserende wijze, is niet strafbaar. Dit terwijl dus het risico op feitelijke seksuele handelingen erdoor aanzienlijk verhoogd wordt en het gedrag op zich

schadelijk kan zijn voor minderjarigen. En terwijl er geen redelijk te honoreren ander doel is om met kinderen op deze wijze te chatten. Voor gevallen waarin kinderen – ook achteraf – hebben ingestemd met een chat als bedoeld, kan aangesloten worden bij dezelfde interpretatieruimte die de term "ontuchtige handeling" biedt in gevallen waarin een meisje van vijftien geheel vrijwillig en gewenst seks heeft met haar vriendje van net achttien.

Evenmin is strafbaar het maken van een dergelijke afspraak met een journalist of opsporingsambtenaar, ook niet als op geen enkele wijze aan het gesprek te merken is dat er in werkelijkheid geen sprake is van een minderjarige onder de 16. Dit beperkt de opsporingsmogelijkheden aanzienlijk. Weliswaar is via chatten door de politie snel te zien wie op het internet dergelijke onwenselijke initiatieven vertonen, maar hierop kan vervolgens niet gehandeld worden omdat het geen strafbaar feit oplevert.

Door recente jurisprudentie is uitgemaakt dat er in de gevallen van overtreding van de artikelen 248a en 248e Sr daadwerkelijk sprake moet zijn van een minderjarige van onder de 16. Er wordt aangehaakt bij de tekst "weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de persoon de leeftijd van 16 nog niet heeft bereikt". Hieronder valt dus niet degene die feitelijk ouder dan 16 is, ten aanzien van wie de verdachte ervan uitgaat dat deze jonger is.

Niet strafbaar is daarmee een situatie waarbij een chatgesprek van een dochter wordt overgenomen door een moeder, waarbij de verdachte hiervan niet op de hoogte is. Als hij dan toch een ontmoeting als bedoeld in artikel 248e Sr voorstelt, is dat niet strafbaar.

Deze beperking geldt ook in de gevallen waarin de groomingsactiviteiten van de verdachte zich richten op het dwingen of verleiden van de minderjarige tot het voor de webcam plegen van seksuele handelingen met zichzelf.

Daarnaast is noch uit de wet, noch uit de parlementaire geschiedenis op te maken of een strafbare poging tot grooming tot de mogelijkheden behoort, als de verdachte wel probeert te komen tot het maken van een afspraak, maar dit niet lukt omdat bijvoorbeeld het beoogde slachtoffer de chat afkapt of de afspraak om een andere reden niet concreet wordt. De rechtspraak is hierover verdeeld.

De mogelijkheid om groomingszaken te vervolgen via de band van artikel 248a Sr is beperkt, omdat dan sprake moet zijn geweest van het gebruik van de verdachte van giften, beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding. Veelal is daar geen sprake van, omdat de verdachten misbruik maken van de ook door de minderjarigen ervaren anonimiteit op het internet en de seksuele experimenteerdrift van de minderjarigen. Er is nauwelijks dwang, chantage of beloftes nodig om de minderjarige zo ver te krijgen seksuele handelingen voor de webcam te verrichten; slechts het creëren van een spannende en seksueel geladen sfeer is voldoende.

Concluderend: Veel gedragingen die in het maatschappelijk verkeer als grooming worden ervaren en waarvan verwacht wordt dat die ook worden opgespoord en vervolgd, zijn aldus noch in het groomingsartikel 248e Sr, noch in enig ander artikel strafbaar gesteld. Dit brengt met zich dat politie en

justitie niet met opsporingsmiddelen tot identificatie van een verdachte kunnen komen of voortijdig kunnen ingrijpen, terwijl de duidelijke op seksuele contacten gerichte chatcontacten met minderjarigen dagelijks op internet gevonden worden.

Voorstel: maak in ieder geval het oogmerk van verdachte (ontuchtige handelingen plegen met een zestienminner) doorslaggevend in de artikelen 248e en 248a Sr en niet de objectieve leeftijd van de chatpartner. Als de verdachte dit oogmerk heeft en in verband daarmee een ontmoeting voorstelt (desnoods aan een lokpuber of aan een moeder die het chatgesprek heeft overgenomen) en vervolgens handelingen ter verwezenlijking van de ontmoeting onderneemt, dan is dat strafbaar. Vergelijk in dit verband het voorstel voor een gewijzigde redactie gedaan door G.C. Haverkate in *Strafblad* (2013-6, p. 484 (voorstel gedaan op persoonlijke titel)).

Stel voorts groomingsactiviteiten gericht op seksuele handelingen met en door minderjarigen in bredere zin strafbaar, zodat het gehele traject van oneerbare voorstellen, seksueel getinte chats, webcam-activiteiten en op seksuele handelingen gerichte afspraken tot ontmoetingen onder de strafbaarstelling vallen. Bepaal voorts of en in welke vorm een pogingsvariant van een dergelijk misdrijf strafbaar is.'

Officier 1
We zitten nu vaak heel erg te zoeken naar hoe we aan het begin van contact leggen – of überhaupt het seksueel getint chatten – paal en perk kunnen stellen. Een duidelijk voorbeeld is die chatrooms waar minderjarigen zich bevinden. Daar proberen vaak ook pedofielen in contact te komen en dat kan de start zijn tot uiteindelijk ook echt daadwerkelijk ontmoetingen en ontucht of misbruik. Eigenlijk zou je in die voorfase al meer moeten kunnen. Misschien wel via de voorbereidingshandelingen, maar goed die zijn in 46 weer beperkt voor een aantal delicten mogelijk. We hebben nu in de rechtspraak natuurlijk de uitspraak over grooming waar een volwassene zich voordoet als een minderjarige wat niet tot een veroordeling kan leiden. Dat is mede natuurlijk opgezet om uiteindelijk dit soort mensen tegen de lamp te laten lopen en ze uiteindelijk adequaat te behandelen en ook nieuwe slachtoffers te voorkomen. Daar zitten we nog wel redelijk met lege handen. Een lokpuber zou wel tot strafbaarheid moeten kunnen leiden.

De vrije toegankelijkheid voor eenieder en met name ook het makkelijk kunnen delen via internet, daar zit totaal geen controle op. Dus je moet de jeugdige zelf tot het besef proberen te laten komen dat er risico's aan vastzitten, maar één ding is zeker: daar staan jeugdigen in die leeftijd op dat moment echt niet voor open. Daar kunnen ze vandaag misschien wel aan denken en aan herinnerd worden, maar dat kan een week daarna in een andere situatie, in een andere context weer naar de vergetelheid zijn geraakt. Ik denk dat je daar ook wel als volwassene en als wetgever misschien zelfs wel een rol hebt. De wetgever zou strafbaarheid mogelijk kunnen maken van dat gedrag – dat contact zoeken en eigenlijk vooral met uiteindelijk de seksuele intentie. Dat is natuurlijk risicovol, want dan moet je in het hoofd van de verdachte

kunnen kijken dan wel uitspraken ontlokken. Maar de wijze waarop het gebeurt maakt overduidelijk dat dat maar één bedoeling heeft en dat dat niet alleen maar fantaseren is. Al is het maar ten behoeve van de eigen zelfbevrediging. Het huidige artikel grooming biedt onvoldoende bescherming. Grooming gaat echt over die feitelijke ontmoeting, maar dit is nog veel meer die fase daarvoor. Er zijn veel meer zaken in het land geweest waar personen in webcamsessies op afstand ook gedwongen werden bepaalde handelingen te plegen bij zichzelf. Dat zijn situaties die denk ik de wetgever niet voor ogen heeft gehad. Dat dat überhaupt zou kunnen en dat dat ook op zo'n grote schaal gebeurt. En dat zegt iets over het brein van de minderjarige zelf. Dat de minderjarige, ondanks dat iemand niet lijfelijk aanwezig is, zich toch heel erg gedwongen kan voelen. Zodra het natuurlijk weer vastgelegd wordt, kan je met 240b uit de voeten, maar het is juist dat vluchtige. De verdachten zijn zelf ook geraffineerd. Die weten – sommige wel, sommige natuurlijk niet – ook heel goed wat ze wel en wat ze niet moeten doen. Als er een feitelijke ontmoeting ontstaat, kan je ze aanpakken en als het nog verder gaat, kan je ze ook wel aanpakken. Maar juist dat hele groomingsproces wat er aan vooraf gaat en dus met als resultaat dat die minderjarige vooral handelingen bij zichzelf doet, daar schieten we tekort.

Officier 2
Art. 248e is een artikel dat een prachtig doel had, maar volstrekt niet effectief functioneert. Dat ligt aan het onderdeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting'. Dat je voor strafbaarheid zo ver in de richting zit van de echte ontmoeting, dat maakt het in de praktijk gewoon heel lastig. Ik denk zelf dat het maken van de afspraak voldoende zou moeten zijn. Dan zouden we het gevaar ook veel makkelijker kunnen stoppen. De melding krijg je soms al eerder; er wordt dan gemeld dat een jeugdige oneerbare voorstellen krijgt. Gevoelsmatig is dat strafbaar, maar dit artikel laat het tegendeel zien. Er is volgens de delictsomschrijving veel meer nodig.

Je wilt natuurlijk niet dat zo'n jongere naar die afspraak gaat. Je wilt eerder kunnen ingrijpen, want anders krijg je wat sommige journalisten op eigen initiatief doen. Zij kunnen dat doen omdat zij niet de politie zijn. Maar het is onverantwoord jongeren daadwerkelijk aan dat gevaar bloot te stellen; stel dat iemand de auto wordt ingetrokken. Die risico's ga je niet aan. Dus je maakt het veiligheidshalve gewoon eerder stuk, met als gevolg dat je die mensen lastig kunt vervolgen. Ook op het moment dat ouders de politie vragen, kunnen wij het doorgaans niet aansturen, want dat is burgeropsporing en dat ligt ingewikkeld. Het resultaat is dus vaak dat geen strafbaar feit kan worden bewezen en dat de 'verdachte' niet kan worden gepakt. Dat is onbevredigend, omdat die mensen eigenlijk op tijd het gevaar hebben gemeld. Het kind geeft het op tijd aan en uiteindelijk heb je dus wel iemand rondlopen die actief kinderen aan het benaderen is, maar die wij gewoon strafrechtelijk niet kunnen aanpakken. Op dat moment geef je ook tegenover de politie een lastig signaal af: het is er weer één, maar we kunnen er niks mee.

Ik vind dat als die kinderen worden benaderd, je dus eigenlijk eerder effectief zou moeten kunnen ingrijpen. In dat soort zaken zie je ook dat kinderen veel te lang aan het indringende contact worden blootgesteld. Als je dan ook krachtiger naar buiten kunt brengen dat ook dat soort handelingen strafbaar is, dan krijgen we ook meer meldingen in een fase waarin we iets kunnen doen. Nu krijgen wij die meldingen vaak niet op tijd. Als mensen het nu op tijd melden en te horen krijgen 'we kunnen er niets mee', dan mogen we ons er niet over verbazen dat mensen het in de toekomst maar laten zitten. Dus dan denk ik: hier moeten we echt iets mee doen.

Dat art. 248e zo strikt is opgesteld dat de lokpubersituaties erbuiten vallen, is in mijn ogen ook niet wenselijk. Wij hebben een zaak gehad in *x* waar geen lokpuber was, maar waar wel de achttienjarige broer van de jongere achter de chat zat en het wachtwoord van zijn broertje even had gebruikt. De verdachte, een sportinstructeur, dacht dat hij echt een afspraak maakte met het jongere broertje, maar in werkelijkheid was het dus de oudere broer van achttien. Weg zaak: het was geen minderjarige, en dat was eigenlijk heel raar om mee te maken. Dan denk ik: strafrechtelijk zou het toch iets meer om het soort contact en om dat oogmerk moeten draaien.

Officier 3

Dit artikel is bijna onbewijsbaar. Het is zo'n kort moment in de tijd waar dit artikel over gaat dat óf het is gebeurd (de seks) en dan ben je dus te laat en dan gebruik je het niet, want dan gebruik je de seks in de tenlastelegging, óf niet alle voorwaarden zijn vervuld. Want je moet bewijzen dat contact gelegd is met een geautomatiseerd werk, met iemand van wie je moet vermoeden dat hij geen zestien is, dan moet er een ontmoeting zijn voorgesteld, die moet ook nog zijn uitgevoerd deels, dus er moeten handelingen ondernomen zijn gericht op het verwezenlijken daarvan, en dan moet je ook nog bewijzen dat bij die ontmoeting het de bedoeling was om enz. Nou, daar kom je niet. We zeggen altijd: als hij het treinkaartje nog niet gekocht heeft, dan is het niet bewijsbaar. En dat terwijl je echt heel veel ziet dat ze die kinderen proberen te bewegen tot ontmoetingen en ook echt heel concreet. Maar dan heeft hij nog geen kaartje gekocht of hij is nog niet op de fiets gestapt. Dan is hij nog steeds niet strafbaar. Als we het kunnen bewijzen, is het ook al gebeurd. Als hij het treinkaartje al gekocht heeft, zit hij ook al in de trein. Het is echt niet zo dat wij in dat halfuur in één keer die vent te pakken krijgen; dat is allemaal achteraf.

Je zou er daarom voor kunnen kiezen om het überhaupt voorstellen van een ontmoeting aan een minderjarige met het oogmerk om seks te hebben strafbaar te stellen. Die handeling die erbij moet, is de hoogste drempel; die ontmoeting geeft al heel veel ruimte. De absolute supervergaande manier van het seksueel inpalmen via chatverkeer van kinderen – dat noemen wij in het spraakgebruik al grooming – is echt veel ruimer dan dat het artikel strafbaar stelt. De werkelijkheid is dat er ongelofelijk veel kinderen benaderd worden door volwassen mannen die proberen ze uit de kleren te krijgen en niet vaak zonder bijbedoeling in de zin dat ze ook echt afspraken willen maken met die

kinderen. Ze gebruiken afbeeldingen die ze met de webcam gemaakt hebben om kinderen te chanteren om daadwerkelijk andere dingen te doen. De wet vraagt om ontzettend veel gepuzzel. Wat we niet kunnen vervolgen en waar we niet op kunnen acteren is bijvoorbeeld een leraar die een jaar lang met een van zijn leerlingen de meest ranzige seksuele chats heeft (dus zonder foto's van zichzelf te sturen of beelden van haar te maken). Puur en alleen op seksuele wijze met elkaar chatten is niet strafbaar, terwijl dat ongelofelijk ver gaat. Er moet een enorme voorbereiding zijn om te spreken van seksueel misbruik, dat zie je ook heel vaak. Hij gebruikt het om kinderen mee te chanteren. Dat is allemaal niet strafbaar, terwijl dit grooming genoemd wordt. Dat is wat wij grooming noemen. We missen dus een heel stuk van wat grooming is in deze tekst. Je zou daar ook andere dingen in kunnen verwerken, zoals ik net noemde. Zoals het seksueel inkapselen van kinderen; het seksueel stalken van kinderen. Wat er onder moet vallen is heel veel contact zoeken met kinderen. Via het internet vragen hun kleren uit te trekken en dat vastleggen. Elke avond vier keer op de chat komen. Als je die chats zou kennen: ze moeten steeds vertellen wat ze gedaan hebben op een dag, langzamerhand wordt het steeds explicieter, vragen wat ze gedroomd hebben, dan wordt het weer wat seksueler. Het bouwt heel erg op. Je ziet dat soms een jaar lang, dat ze elke dag meerdere keren… Die kinderen leven alleen nog maar in zo'n scene met zo iemand. En zo worden die kinderen voorbereid op echt ongelofelijk vergaande seksuele handelingen die ook daadwerkelijk worden uitgevoerd. Wij kijken ernaar – ook op het internet en in chatboxen enz. – en kunnen niks doen, want het is niet strafbaar.

Officier 4
Dit artikel is natuurlijk veel besproken. Ik heb begrepen dat het oorspronkelijke wetsvoorstel dat laatste stukje had weggelaten. Toen was er vrees in de Kamer dat er te veel onder zou vallen. Dus moesten de extra eisen van het verwezenlijken van de ontmoeting erbij. Daar ligt het knelpunt. Daardoor wordt de drempel wel weer hoog. De vraag is dus wat de werkelijke meerwaarde is als je dat kopen van een treinkaartje of oppompen van fietsbanden nog moet gaan bewijzen. Dat lukt vaak niet. Je hebt dan al een poging of een voltooid feit. Dan is de meerwaarde van art. 248e Sr toch beperkt. De vraag is: wat is de werkelijke toegevoegde waarde van het artikel? Als je niet wil dat de laatste zin eruit gaat, ben je dan echt beter af dan toen het artikel niet bestond? Je moet je afvragen of het artikel ruimer moet worden of dat je hem eruit moet gooien. Het punt is dat ik er moeite mee heb dat je 248e alleen haalt bij een bekennende verdachte. Dat heeft geen meerwaarde denk ik.

Officier 5
Ik zou zeggen: schrappen dat hele artikel. Helemaal herschrijven. Er zitten zo veel problemen aan. Het stelt van alles strafbaar, behalve wat wij met zijn allen grooming vinden. Het stelt alleen maar dat ene momentje strafbaar dat er concreet een afspraak gemaakt wordt. Die afspraak moet het oogmerk – niet de minste opzetvorm – hebben. Dan moeten we ook nog een keer bewij-

zen wat in iemands hoofd omging. Dat hij *hands on* seks gaat hebben met dat kind of dat hij er kinderporno van gaat maken. Allerlei andere dingetjes vallen er niet onder. En het moet oogmerk zijn. Over het algemeen willen ze niet bekennen en uit die chats haal je dat natuurlijk ook niet. Een hele zware eis. Het hele voortraject, het echte schadelijke groomen, zit er helemaal niet in. Het gaat alleen maar om die afspraak. Dan moet hij ook nog eens een soort uitvoeringshandeling plegen. Dus hij moet met een pak condooms op zak richting de stationsrestauratie waar ze hebben afgesproken. Dan moeten we ingrijpen. Nou, hier wordt nooit aangifte van gedaan. Kinderen praten er niet over met hun ouders. Gaan uit schaamte ook echt niet zeggen: 'goh, nou ben ik maandenlang bezig met een hele spannende figuur op internet en nou maakt hij een afspraakje en nu ga ik naar de politie stappen'. Gebeurt nooit. Als we een aangifte krijgen, dan is het omdat het kind misbruikt is en vaak al meerdere keren. Zo zijn eigenlijk alle groomingszaken aan het rollen gekomen. Dus dit stelt maar zo weinig strafbaar dat ik het niet echt een heel fijn artikel vind.

Het werkt alleen bij de hele specifieke situaties waarin er bewijs is dat er gegroomd is met een bepaald doel en dat iemand ingegrepen heeft op het moment tussen het maken van het afspraakje en de echte seks. Nou, die gevallen zijn er soms wel, dat ouders een chat onderscheppen. Maar wat heb je dan? Dan heb je dus weer het lokpuberprobleem. Omdat hier staat dat het niet iemand moet zijn die zich uitgeeft als iemand van onder de zestien of waarvan wij met zijn allen denken dat hij onder de zestien is, maar iemand die daadwerkelijk onder de zestien is. In de situaties waarin wordt ingegrepen is het ofwel een van onze agenten die lokpuber zit te spelen – die dus niet onder de zestien is zodat het geen strafbaar feit is – of het is een oudere broer of zus of ouder die ingrijpt en die die chat overneemt, een afspraakje maakt en naar de politie stapt: 'vanmiddag komt hij daar en daar'. Maar dan heeft hij het afspraakje gemaakt met een boven zestienjarige en is het dus geen strafbaar feit. Daar zijn we dus al zaken op kwijtgeraakt. Dit soort gevallen zouden ook onder het artikel moeten vallen. Wat je strafbaar wilt stellen aan grooming is iemand die er – even op zijn Hollands gezegd – heel veel werk van maakt om een kind in te pakken om daar op de een of andere manier seksuele handelingen mee te gaan plegen. En dat kan *hands on* zijn na een ontmoeting, maar dat kan ook het kind voor de webcam babbelen zijn. Het kan zelfs – als je heel ver wil gaan, maar goed dat is nog een beetje een discussiepunt – gaan over het seksueel chatten waarmee je een kind ook best veel schade berokkent. We zien dat ze bijvoorbeeld kinderen meetrekken in seksuele fantasieën. Dat ze ook van die kinderen vragen om allemaal opwekkende verhaaltjes te gaan maken. En dan zit zo'n kind van twaalf, wat echt niet weet waar hij over praat, uit angst maar mee te praten, maar dat is hartstikke schadelijk voor dat kind. Wij zouden eigenlijk aan dat hele seksueel chatten ook wel iets willen doen in de groomingscontext. Dus stel gewoon het seksueel inpakken van een kind strafbaar. En stel dus ook strafbaar dat iemand die dus – maak er een pogingsvariant van of zo – met die intenties bezig is tegenover een persoon – en pik dan maar iets uit het kinderpornoartikel –

die kennelijk de leeftijd heeft van onder de zestien. Zodat op het moment dat een volwassene ingrijpt, maar diegene al wel maanden bezig is geweest en een afspraakje maakt met iemand waarvan hij echt heel erg zeker dacht te weten dat hij een minderjarige aan de lijn had, dat dat strafbaar is gesteld. Je kan het aan de samenleving niet uitleggen dat je maandenlang een kind kan gaan zitten groomen en beschadigen, maar dat die man niet gestraft kan worden omdat papa de chat overneemt.

Wij zitten bijvoorbeeld gewoon op het internet, je ziet die chats gewoon langskomen, we hebben echt in twee minuten ik weet niet hoe veel oneerbare voorstellen aan onze broek hangen. Je gaat gewoon op zo'n chatomgeving en je maakt een *nickname* aan. Dus je noemt jezelf 'Pietjetwaalf'. Nou, dan ga je wachten en binnen een minuut heb je vijfentwintig groomers aan de lijn hangen. 'Hé, hallo hoe heet jij? Ben je twaalf? Heb je een webcam? Wil je ervoor gaan zitten?' Dat gaat zo hard dat we gewoon echt chats weg moeten klikken. Die verbalisanten die het doen kunnen soms acht tegelijk aan, maar daarna ben je de weg kwijt. En je wordt gewoon besprongen. Dat laten we ook aan iedereen zien. Aan Kamerleden en ik heb het twee maanden geleden aan de minister laten zien en die schrok zich ook verloren. Dus dat zie je echt op internet gewoon gebeuren. Dat gaat echt heel snel. Dus wij zien daar mensen die denken dat wij een kind zijn, die dat aannemen naar aanleiding van onze *nickname* en gelijk voorstellen doen. Webcamseks. Waar ik heel erg moet puzzelen om daar überhaupt een strafbaar feit van te maken. Maar omdat het geen strafbaar feit is, omdat wij namelijk boven de zestien zijn, kan ik ook niet zeggen: deze meneer is een poging aan het doen, ik ga zijn gegevens vorderen om te kijken wie achter dat IP-adres zit. Ik mag namelijk geen opsporingsmethoden inzetten, want ik heb namelijk een vermoeden van iets wat niet strafbaar is. Alleen maar omdat achter deze kant van de webcam een verbalisant zit van veertig. Als ik daar zijn neefje naast zet van vijftien en die gaat achter het toetsenbord zitten, dan is het ineens wel een strafbaar feit.

Maar dat kan je dus ondervangen door die absolute leeftijd er uit te halen. Ik vind het dus ook inconsequent. Waarom zeg je bij kinderporno: het is internet, het is een afbeelding, je kent het kind niet, dus het is voldoende dat het kennelijk een achttienminner is. Want dat vinden we met zijn allen strafbaar genoeg, ook al is het misschien niet een achttienminner of lijkt hij volwassener dan hij is. Want kinderen moeten beschermd worden. Bij grooming weet je ook nooit wie je tegenover je hebt, maar we stellen wel die absolute eis dat iemand onder de zestien is en dat moet je ook nog eens een keer redelijkerwijs vermoeden of zelfs weten. Maar hoe weet je dat? Het eisen van opzet of schuld heeft weer te maken met het internet *proof* of digitaal *proof* maken. We gaan een wereld in, of daar zitten we nu al in, waar je niet meer aan mensen kan zien wie ze zijn. Je hebt namelijk alleen een *nickname*. Of je hebt alleen die gegevens die iemand voorstelt op internet. Je hebt er geen foto bij of niks waarmee je iets kan schatten. Daar moet je wel iets mee doen. Je kan niet meer de eis stellen dat mensen die chatten met iemand gaan vragen: 'wil je eerst even een kopie van je paspoort sturen? Want ik wil niet met onder de zestienjarigen een afspraak maken.' Dat is heel erg 1880. Je zou dus

wat mij betreft zoiets moeten doen als in het kinderpornoartikel. Dus iemand die kennelijk de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt. En het groomingsartikel moet echt grooming worden en niet alleen maar het afspraakje maken. Ik vind het echt een prutartikel. Het hele artikel voldoet gewoon niet. Ja, voor een heel klein aantal gevallen. Dus voor die acht gevallen is het een prima artikel, maar niet voor wat wij met zijn allen vinden van grooming.

Er staat vrij weinig straf op het artikel, maar meestal is het in combinatie met allerlei andere artikelen, dus dan kom je toch nog wel een heel eind. Ik vind twee jaar voor wat onder grooming valt vrij weinig. Maar goed, dit slaat alleen maar op het afspraakje maken en niet op het hele traject ervoor. Dus ik zou zeggen dat er best wel iets bij mag als je het hele traject in aanmerking neemt. Maar daar kan je bijvoorbeeld ook weer werken met strafverzwaringen. Een beetje afhankelijk van wat jij zo'n kind laat doen. Alleen chatten met zo'n kind – als we met z'n allen vinden dat we dat ook strafbaar moeten stellen – is natuurlijk heel iets anders dan zo'n kind maandenlang voor zo'n webcam zetten en allemaal gruwelijke dingen laten doen. Dus daar kan je ook best in differentiëren. Het lichtste zou dan zijn gewoon het inkapselen van het kind in woorden. Je kan strafverzwarend werken met de leeftijden, de kennelijke leeftijd. Ik bedoel als jij de indruk hebt dat je met een achtjarige te maken hebt is dat toch iets anders dan als je denkt dat je met een vijftienjarige te maken hebt. Of dat je daadwerkelijk tot afspraken komt. Of dat je iemand voor de webcam zet. Dan kan je nog differentiëren in wat er voor die webcam gebeurt. Is dat alleen dat het kind naakt gaat zitten of laat je het kind maandenlang, wat we ook zien, met voorwerpen en met het kleine broertje en weet ik veel wat allemaal erbij ook allemaal ontuchtige handelingen plegen? Dus in die zin zou je het kunnen opplussen. En dan kom je dus met de echte grote groomers, dan heb je die Frank R., als je dat allemaal bij elkaar plust, dan zit je aan iets wat – wat mij betreft – bijna gelijk is aan verkrachting en dan denk ik dat je in de sfeer van acht of twaalf jaar maximum gaat komen. Terwijl de mensen die alleen chatten en gewoon eens aan het proberen zijn van 'hoe snel kan ik een kind zo ver krijgen' houd die dan op twee jaar. Ik vind eigenlijk dat zo iemand als die Frank R., die dus ook echt heel bewust die meiden tot van alles brengt en ze allemaal vreselijke dingen voor de webcam laat doen en zelfs nog afspraakjes maakt, toch gewoon op het niveau van een verkrachting zit. Alle soorten van dwang – misbruik, chantage, geweld – zitten er eigenlijk allemaal in. Dus vind ik dat je op dat niveau als straf moet komen. Nou zaten er bij hem op de tenlasteleggingen ook verkrachtingen bij. Ze hebben gewoon die misbruiksituaties als verkrachting ten laste gelegd. Maar ik denk dat iedereen dat ook zo ervaart. Dus weg ermee! Ombouwen, helemaal anders.

Advocaat 2

En ook hier kun je nog weer je afvragen: moet daar niet ook een onderscheid in leeftijd worden gemaakt? Het is nu alles beneden de zestien. Ik zou zeggen: beneden de twaalf lijkt het me toch een graadje erger. Ook hier zou ik vinden

dat het strafverzwarend zou moeten zijn als het kind aan hun zorg is toevertrouwd. En dat kan ook online; er zijn zat zaken waar een vader met zijn dochter allerlei seksueel getinte apps uitwisselt, terwijl moeder aan het breien is en vader en dochter aan het appen zijn met elkaar. En ik vind ook – maar dat is misschien helemaal buiten de orde – dat als iemand al een veroordeling heeft voor een zedendelict met een minderjarige en als hij dan daarna gaat groomen, dat hij veel harder moet worden aangepakt. En daar kun je denken van ‘dat doe je in de sfeer van bijvoorbeeld een voorwaardelijk strafdeel’, maar ik kan me toch ook voorstellen dat je als wetgever gewoon zegt van: ‘als je al een keer gepakt bent en je gaat dan groomen, dan verdubbelt de straf’.

Advocaat 5
Ik begrijp dat in 248e de leeftijd niet geobjectiveerd is, omdat dat niet zou passen in de systematiek van de wet. Uit de jurisprudentie lijkt te volgen dat niet duidelijk is wat rechtens is als iemand denkt met een zestienminner te maken te hebben, terwijl het een zestienplusser is. En dat ziet dan op het objectiveren of niet-objectiveren van de leeftijd. Als je strafbaar wil stellen dat iemand die interesse heeft in een zestienminner en alle moeite doet om met een zestienminner af te spreken, maar het blijkt een zestienplusser te zijn, bijvoorbeeld in het geval van een lokpuber, loopt het dan spaak op het feit dat het geen zestienminner was? Is het een beschermingsbepaling of moet je zeggen dat de wetgever veel meer het gedrag beoogt aan te pakken. Want in dat geval hoort het niet te stranden op een geobjectiveerd gegeven als iemand het zo fanatiek geprobeerd heeft. Als je deze neigingen wilt aanpakken, dan zou je misschien moeten overwegen aan te sluiten bij de intentie en de bepaling zo te herformuleren dat in ieder geval die leeftijd op zich geen vereiste meer is.

Rechter 1
Ik heb geen moeite met de lokpuber. Dat is net als het oude dametje, wat blijkt een 35-jarige, eerste Dan karate te zijn. Ja, pech gehad voor jou, je moet van oude dametjes afblijven. Je zou kunnen overwegen ‘waarvan hij vermoedt’ in de wet op te nemen. Dat je wetgevingstechnisch zegt ‘met een persoon van wie hij vermoedt of waarbij hij erop gericht is om contact te leggen met iemand onder de zestien, met de bedoeling om met die persoon seksuele gedragingen te verrichten’ of zoiets. Je mag het zeker iets subjectiever maken. Dan doe je de *lex certa* geen geweld aan, want je bestraft in zekere zin de *animus,* maar dat mag in het strafrecht. Iemand denkt dat hij met een 14-jarige gaat afspreken en het blijkt toch een 44-jarige brigadier van de politie te zijn, Harrie geheten. Dat de ene Harrie de andere Harrie ontmoet. Je zou dan in de wet kunnen opnemen iets in de trant van ‘waarvan hij denkt of verwacht’ of ‘redelijkerwijs verwacht’ of ‘weet of redelijkerwijs verwacht’.

Rechter 2
Bij die uitlokking, dan moet er al wat gebeurd zijn. In het geval wat ik net beschreef is er niets gebeurd, maar de inbreuk op de integriteit van zo’n jong

kind vindt al wel plaats in die zin dat de onschuld al weg is als zo'n meestal toch wel oudere man allerlei rare voorstellen gaat doen en vieze praatjes verkoopt en vraagt hoe de stand van zaken met haar is op seksueel gebied en vertelt dat het helemaal niet erg is om ontmaagd te worden. Dan ben je in mijn ogen al hartstikke fout bezig en het zou strafbaar moeten zijn. Je zou hier ook die digitale kwesties bij kunnen opnemen, want het is natuurlijk ook zo dat je meisjes verleidt om zich uit te kleden voor de webcam en gewoon in chatrooms vieze praatjes met meisjes te houden en dat soort zaken. Dat zou je bij elkaar kunnen bundelen in een apart artikel, want je zou dat natuurlijk op dusdanige wijze moeten doen dat ook toekomstige digitale ontwikkelingen daaronder zouden moeten vallen. Het gaat natuurlijk sneller dan de wet geschreven kan worden, dus moet je het heel algemeen maken.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel

Als knelpunt ervaar ik dat dit een zaak is waar de lokpuber ingezet zou moeten kunnen worden. Waarschijnlijk gebeurt dat ook al, in het wetsvoorstel computercriminaliteit, maar ik ben daar een voorstander van. Want ik denk dat dat ook afschrikwekkend kan werken. Tegelijkertijd denk ik dat het wel voorbehouden moet zijn aan de politie om dat te doen. En niet dat iedereen zich zo op het internet kan bewegen.

Het gekke is eigenlijk, dit is online grooming op het moment dat die afspraak er is; op het moment dat daar online nog allerlei chats zijn zonder dat die afspraak al duidelijk is, is het nog niet strafbaar. Ik vind dat dat ook strafbaar moet zijn. Maar dan komt er die afspraak en als er dan seksueel geweld plaatsvindt, dan zit je alweer in een ander strafbaar feit. Het gaat hier om die chats die dus niet richting die afspraak gaan, misschien uiteindelijk wel. Ik vind dat op zich seksueel getinte chats met minderjarigen ook al strafbaar zouden moeten zijn. En dat kan vrij veel impact hebben; dat kan heel dichtbij komen. Je kan op je smartphone continu van dit soort berichtjes krijgen en daarmee worden ook iedere keer je grenzen een stukje opgeschoven. Je voelt je wat anoniemer als dader in zo'n geval. Je zal niet in de huiskamer waar de ouders erbij zijn allerlei dit soort dingen zeggen, maar online doe je dat wel. En met uiteindelijk hetzelfde effect. En dat heeft ook effect op kinderen. Je kan je afvragen in hoeverre dit uiteindelijk tot veel vervolgingen zal leiden. Maar wat het wel aangeeft, is dat je niet anoniem bent op internet. Je kan niet alles maar op internet. Nogmaals, voor kinderen is online en offline één wereld, dus die bescherming moet online in zoverre steviger zijn, want offline zijn die ouders wel vaker in de buurt. Dan valt het meer op en er zijn meer signalen van 'hé, die man vertoont gek gedrag'. Maar wat hij allemaal sms't en zo, dat is allemaal niet te zien.

Nationaal Rapporteur Mensenhandel (document)[64]

'Seksueel contact tussen een volwassene en een kind ontstaat vaak niet van het ene op het andere moment. Vaak gaat er een lang proces aan vooraf,

[64] NRM 2014, p. 28-29 (voetnoten weggelaten).

waarin de volwassene het kind klaarstoomt voor de uiteindelijke seksuele handelingen. Een medium dat hiervoor steeds vaker wordt gebruikt is internet. Omdat een volwassene zich online eenvoudig kan voordoen als een minderjarige leeftijdsgenoot van het slachtoffer, is het in veel gevallen makkelijker om het kind online te bewerken dan offline. Wanneer de volwassene tijdens dit proces pornografische afbeeldingen naar het kind stuurt, zichzelf naakt laat zien via de webcam, of het kind beweegt om seksuele handelingen met zichzelf te verrichten voor de webcam, is hij strafbaar. Hetzelfde geldt wanneer de volwassene een ontmoeting voorstelt met het doel om seks te hebben met de minderjarige of om pornografische afbeeldingen te maken van de minderjarige (grooming). Voor die strafbaarheid is wel vereist dat de volwassene concrete handelingen verricht tot het verwezenlijken van die ontmoeting, bijvoorbeeld door een treinkaartje voor het kind te kopen.

Niet in alle gevallen komt het echter tot bovenstaande vervolgstappen. Soms zijn ouders of de politie er op tijd bij, en blijft het bij seksueel getinte chatgesprekken. Op dat moment kan echter al sprake zijn van vergaande inmenging in de persoonlijke wereld van het kind. Het kind wordt betrokken in een belevingswereld waar het nog niet rijp voor is. Het veelvuldig en op indringende wijze seksueel chatten en online worden benaderd kan schade opleveren bij het kind. Het is echter niet strafbaar. Hier kan dus sprake zijn van een discrepantie tussen sociaal en juridisch slachtofferschap; het kind voelt zich slachtoffer van seksueel geweld, en ook een groot deel van de maatschappij vat dit op als misbruik. Juridisch gezien is echter geen sprake van een strafbaar feit. Een wetswijziging die deze lacune dicht, door seksueel chatten met een minderjarige strafbaar te stellen, lijkt dan ook op zijn plaats.

(…) Grooming is alleen strafbaar ten aanzien van kinderen onder de zestien jaar. Het is lastig dit delict tijdens de groomingfase te bewijzen, nu het meestal pas aan het licht komt wanneer de door de verdachte voorgestelde ontmoeting al heeft geleid tot seksueel contact met het kind. De grooming is dan al geëscaleerd tot hands-on misbruik. Om het seksueel benaderen van kinderen via internet te voorkomen werd tot medio 2013 door de politie geëxperimenteerd met de zogenoemde 'lokpuber'. (…) Het hof Den Haag haalde op 25 juni 2013 echter een streep door deze opsporingsmethode. Sinds het arrest van het hof Den Haag is het dus niet meer mogelijk om de lokpuber als opsporingsmiddel in te zetten nu bij grooming sprake moet zijn van een slachtoffer dat daadwerkelijk jonger is dan zestien jaar. Omdat deze situatie door de minister van Veiligheid en Justitie onwenselijk wordt geacht heeft hij een wetswijziging voorgesteld. In het concept wetsvoorstel Computercriminaliteit III zijn de artikelen terzake grooming (art. 248e Sr) en corrumpering uitgebreid. Indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen wordt ook degene strafbaar die ten onrechte aanneemt dat hij te maken heeft met een kind onder de zestien. Hoewel een dergelijke uitbreiding vanuit opsporingsoogpunt wenselijk is, is het wel van belang dat in de toelichting bij de wet expliciet afstand wordt gedaan van de inzet van deze opsporingsmethode door burgers. Te denken valt aan de zelfbenoemde 'pedojagers' die chatrooms afstruinen en zich daar als minderjarige voordoen om zo pedoseksue-

len te ontmaskeren. Het is een gevaarlijke ontwikkeling wanneer zij vrij spel krijgen. Immers, het opsporingsmonopolie ligt bij de politie en dient daar te blijven.'

Renée Kool
Het bezwaar van dit artikel is dat de wetgever nog geen duidelijkheid heeft verstrekt over de inzet van lokpubers. Weliswaar is met de uitspraak van de Hoge Raad van 11 november 2012, ECLI:HR:2014:1233 duidelijk dat preventief optreden via de route van de voorbereidingshandelingen soms mogelijk is, maar het zou wenselijk zijn wanneer de wetgever een bestanddeel invoegt als vermeld in art. 240b Sr, waaruit duidelijk wordt dat ook in geval van een schijnbaar betrokken minderjarige sprake kan zijn van grooming. En nu is het altijd achteraf. De zaken die je ziet zijn zaken van fysiek misbruik, waarbij dit als kop erbovenop komt. En op zichzelf begrijp ik nog wel dat je de digitale verleiding strafbaar stelt. Dat is inherent aan de omgeving waarin we op dit moment leven denk ik. Dus dat maakt wel *sense*.

#111H Overwogen zou kunnen worden chats tussen ouderen die gericht zijn op het plegen van ernstige zedendelicten met kinderen strafbaar te stellen. (O2) (zie #111)

Officier 2
Als je kijkt naar die chats die Robert M. met zijn vrienden had over hoe ze kinderen moesten misbruiken, dan kan ik me voorstellen dat iemand denkt: 'dat moet toch ook strafbaar zijn?' Ik realiseer me tegelijkertijd dat we niet zomaar alles op dit terrein strafbaar willen hebben, omdat je dan gewoon in een *mer à boire* terechtkomt waarin het overzicht zoek is. Bovendien is in dat geval de kans heel groot dat uit de maatschappij geregeld de kritiek komt: 'hé, het is strafbaar gesteld, waarom doet u er niks aan?' Die discussie kost veel energie, ook al zijn de beslissingen goed uit te leggen. Dus eigenlijk moeten de onderscheidingen en de normstellingen al in de wetgeving duidelijk naar voren komen, iets wat nu nog te veel mist. Dan draait het om de vraag wat verwerpelijk genoeg is om strafbaar te zijn en ook in de praktijk goed kan worden gehandhaafd. De wetgever zou er dus bijvoorbeeld over na moeten denken in hoeverre het strafbaar zou moeten zijn dat volwassenen onderling chatten over ernstige zedendelicten. Daarbij moet ook oog zijn voor flexibiliteit; als iemand een beetje heen en weer aan het praten is over seks met een vijftienjarige, dan is vervolging niet altijd aangewezen en wil je de vrijheid hebben om op goede gronden niet te vervolgen. Dat moet ook wel, want hoe moet je anders omgaan met al die jongeren die met elkaar praten over seks? Moeten we die dan ook gaan vervolgen? De beleidsaspecten zijn dus ook erg belangrijk. In ieder geval zijn er dus maatschappelijke ontwikkelingen waar ook wij last van hebben; het gaat dan om gedragingen die nu niet strafbaar zijn en waar de maatschappij heftig op reageert. De strafrechtelijke normstellingen daarover zijn nu niet altijd goed uit te leggen.

#112H Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr ook betrekking te laten hebben op het voorstellen van een *digitale* ontmoeting met een ontuchtig karakter. (A2) (zie #112)

#113H Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr ook betrekking te laten hebben op een ontmoetingsvoorstel dat niet plaatsvindt door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst. (A2; NRM) (zie #113)

Advocaat 2
Bij die ontmoeting wordt nu toch heel vaak een echte ontmoeting bij voorgesteld, fysiek, terwijl je natuurlijk ook virtuele ontmoetingen hebt via bijvoorbeeld FaceTime, Skype, etc. Ik denk dat je dat in de huidige tijd ook strafbaar moet stellen. Dus dat het niet alleen maar strafbaar moet zijn om iemand ertoe te bewegen in het echte leven op straat of fysiek iets te doen, maar ook als het betrekking heeft op een virtuele ontmoeting. Dat zou je kunnen doen door het woord 'virtuele' er tussen haakjes voor te zetten. En dan krijg je natuurlijk weer: wat is een virtuele ontmoeting? Kijk, het gaat om het oogmerk van ontucht, wat daar mee samen moet hangen en ik denk dat op het moment dat je via welk communicatiemiddel dan ook in contact met elkaar kunt treden en er kunnen daarbij ontuchtige dingen gebeuren, dan ben je er al. En de beste voorbeelden zijn natuurlijk de Skypegesprekken, waarbij dan vervolgens gevraagd wordt van 'doe je shirtje eens uit' etc.

Wat ik altijd heel raar heb gevonden is dat het opeens strafbaar gesteld is als het via een computer gebeurt, maar de man die iedere dag als de school uitgaat langsloopt en vriendelijk groet en vervolgens een keer zegt van 'goh, wat heb je een leuke Nike's aan', enzovoorts, die contact legt op die manier en aan het groomen is, dat is niet strafbaar. Dat is eigenlijk raar als je daar lang over nadenkt. Die beperking tot een geautomatiseerd werk, daarvan zou overwogen kunnen worden om die te verwijderen. Je zou eigenlijk kunnen zeggen: hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij de leeftijd van zestien nog niet heeft bereikt een virtuele – tussen haakjes – ontmoeting voorstelt… Dan ben je er. Het is natuurlijk altijd lastig te bewijzen dat iemand het oogmerk heeft ontuchtige handelingen met die persoon te plegen. Digitaal is dat makkelijker te bewijzen, omdat iemand daar in zijn teksten blijk van geeft. Van die teksten als 'ik wil graag je borsten een keer aanraken' of 'ik wil graag dit voelen, dat voelen', dat is makkelijker te bewijzen dan die meneer die iedere keer dat de school uitgaat langsloopt. Dus ik snap wel dat men, op enig moment toen dit opkwam, dacht van 'hé, daar moeten we wat mee', maar het is wel een mooi voorbeeld van gelegenheidswetgeving, omdat er niet over is nagedacht van: 'goh, gebeurt dit eigenlijk ook op een andere manier en willen we dat dan niet ook gelijk meepakken?'

Nationaal Rapporteur Mensenhandel
Maar dit is allemaal online grooming en in de reële wereld gebeurt dit natuurlijk ook, en dat is in de reële wereld niet strafbaar. En dat is eigenlijk ook gek,

want wat je niet wil is dat een volwassene een kind zodanig manipuleert dat dit kind uiteindelijk toestemt in een afspraak die zou moeten gaan eindigen of resulteren in seksueel contact. Zodra dat seksueel contact er is, is online en offline gelijk. Zolang dat er nog niet is, kan de oom die iedere keer opmerkingen tegen zijn kleine nichtje maakt en uiteindelijk zegt 'nou, als je ouders er dan niet zijn, zullen we dan een afspraak maken?' zijn gang blijven gaan. En dan komt die afspraak er – dat is ook grooming – maar dat is gewoon in de echte wereld. Dat is niet strafbaar, maar als je hetzelfde online doet, dan is het wel strafbaar. Dus ik denk dat daar ook naar gekeken zou moeten worden om dat gelijk te trekken. Voor kinderen is offline en online één wereld en wij denken nog heel erg in twee hele gescheiden werelden. Dus ook hier zeg ik: kijk naar het gedrag, het fenomeen wat je niet wilt. Je wilt niet dat een volwassene een kind zo bewerkt, manipuleert, uitlokt, vleit, cadeautjes belooft om uiteindelijk die ontmoeting te hebben waar dan seks uit voorkomt; dat is wat je niet wil. Of die dat nou doet via Facebook of msn of dat hij dat nou doet door gewoon die dingen tegen het kind te zeggen als de ouders even niet in de buurt zijn of het is misschien wel een buurman die zegt 'nou, je kan bij mij snoepjes krijgen'. Dat is het gedrag wat je niet wilt. En het maakt niet zo veel uit welk medium je daarvoor gebruikt.

#114H De wetgever zou in overweging kunnen nemen zich uit te laten over de vraag of een poging tot het plegen van art. 248e Sr strafbaar is. (Notitie OM 2014; O4; R3) (zie #114)

- De rechtspraak is verdeeld over de vraag of een poging tot het plegen van art. 248e Sr strafbaar is. (Notitie OM 2014; O4; O5)

Notitie OM 2014 (document)
'Daarnaast is noch uit de wet, noch uit de parlementaire geschiedenis op te maken of een strafbare poging tot grooming tot de mogelijkheden behoort, als de verdachte wel probeert te komen tot het maken van een afspraak, maar dit niet lukt omdat bijvoorbeeld het beoogde slachtoffer de chat afkapt of de afspraak om een andere reden niet concreet wordt. De rechtspraak is hierover verdeeld. (…)

Voorstel: (…) Bepaal voorts of en in welke vorm een pogingsvariant van een dergelijk misdrijf strafbaar is.'

Officier 4
Ik heb begrepen dat het artikel als poging bewezen is geacht. Daar staat ook iets over in de notitie. Er is in Den Bosch in ieder geval een voorbeeld in eerste aanleg waarin die als pogingsvariant is bewezen verklaard en het alleen als poging ten laste was gelegd, waarbij ik me afvroeg wat het verschil is met een poging en het slotstuk waarin je een poging als voltooid delict ziet. Ik zie het niet. Ik denk dat als je het ten laste had gelegd als voltooid delict, je het ook gered had. Het verweer kwam dat dit artikel niet kan als poging. De rechtbank zegt heel droog: er is in de wetsgeschiedenis niets te vinden waar-

om het niet kan, dus kan het wel. Ik denk dat de rechtbank daar gelijk in heeft. De discussie of iets kan als poging is een hele andere. Maar er zijn ook uitspraken van rechtbanken in de eerste lijn waar het niet is geaccepteerd of niet bewezen is verklaard. Maar het levert in ieder geval discussie op. De lat ligt eigenlijk net weer te hoog om werkelijke meerwaarde te bieden. De wetgever zou eigenlijk buiten twijfel moeten stellen of je hiervoor ook een pogingsvariant hebt. Het begin van uitvoering is dan het probleem.

Officier 5
Maar omdat het geen strafbaar feit is, omdat wij namelijk boven de zestien zijn, kan ik ook niet zeggen: deze meneer is een poging aan het doen, ik ga zijn gegevens vorderen om te kijken wie achter dat IP-adres zit. Ik mag namelijk geen opsporingsmethoden inzetten, want ik heb namelijk een vermoeden van iets wat niet strafbaar is. Alleen maar omdat achter deze kant van de webcam een verbalisant zit van veertig. Als ik daar zijn neefje naast zet van vijftien en die gaat achter het toetsenbord zitten, dan is het ineens wel een strafbaar feit.

Of het een poging kan opleveren, is ook een hele discussie en daar zijn de rechters het ook niet over eens. We hebben het een aantal keer geprobeerd, poging grooming. De ene helft van de rechters zegt: 'nee, ik lees de parlementaire geschiedenis zo dat de wetgever dit als een voorbereidingsdelict heeft gezien en een poging van een voorbereidingsdelict gaat me te ver'. Anderen zeggen: 'ja hoor, zal wel voorbereidingsdelict, deze meneer heeft echt geprobeerd, en het is niet aan zijn wil te danken dat het niet gelukt is, en die veroordelen we voor poging'. Exact dezelfde situaties, dus dat weten we ook niet.

Rechter 3
Ik heb er niet zo veel praktijkervaring mee, maar wat ik me voorstel is dat de verhouding tussen het enige handeling ondernemen en het begin van uitvoering van de pogingsleer lastig is. Wanneer is het dan een poging en wanneer is de handeling al het voltooide delict? Er kan geen poging zijn; bij elke handeling heb je het delict al voltooid eigenlijk. Daar zou misschien wel duidelijkheid over kunnen komen door te zeggen van: elk begin van uitvoering levert al het voltooide delict op, als dat de bedoeling van de wetgever is. Zoals je dat bijvoorbeeld ook bij aanslagen op het Koningshuis hebt. Als je dan ook maar begint met iets te doen, dan heb je het delict al voltooid. Maar ik weet niet of dat de bedoeling van de wetgever is. Als er wel ruimte voor een poging over moet blijven, dan zou misschien het bestanddeel 'enige handeling' anders geformuleerd moeten worden. Zoals het er nu staat, kan het haast niet anders dan dat bedoeld is dat de voorbereiding al direct het delict oplevert.

Ik ben geen wetgever, dus ik kan die problemen niet oplossen, maar wel signaleren van 'dit is waar we tegenaan lopen'. En hoe het dan anders en beter zou moeten precies, dat vind ik lastig te zeggen. De wetgever zou buiten twijfel moeten stellen of überhaupt een poging mogelijk is bij dit delict, want daar lijkt vrij weinig ruimte voor als ik dit zo bekijk. Je zou bijvoorbeeld kunnen zeggen: met het verrichten van de handeling heb je het delict voltooid.

#115H Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrens van art. 248e Sr op achttien jaar te stellen. (O1; R2) (zie #115)

- Ook jongeren van zestien en zeventien jaar dienen onder het beschermingsbereik van art. 248e Sr gebracht te worden. (O1)

Officier 1
Hier is een heikel punt die 'leeftijd van zestien nog niet heeft bereikt'. Ik heb zelf een zaak gehad waarin alle handelingen om ontmoetingen te regelen voor de zestiende verjaardag hadden plaatsgevonden en de ontmoeting daarna. Dan kan je de poging wellicht nog ten laste leggen. Ik zou dit ook zelf breder willen toepassen, gewoon onder de achttien. Want de ene van zestien is de ander niet. Zelfs voor een zeventienjarige kan dat gelden. En voor de situatie die ik aangaf. Uiteindelijk is het niet aan de verdachte; die heeft niet zitten wachten tot ze zestien werd. Dus uiteindelijk was zijn doel er gewoon op gericht om met een jong meisje in contact te komen en daar mogelijk handelingen mee te verrichten of afbeeldingen van te maken. Dan vind ik het wel een tekortkoming als je dan niet iemand op die manier, of die gedragingen als zodanig, kan aanpakken. Onder de zestien is het. Ik vind eigenlijk dat zestien en zeventien daar ook nog onder moeten kunnen vallen. En dan is het denk ik meer als een dergelijke zaak zich voordoet afhankelijk van andere omstandigheden – de leeftijd van de verdachte ook – of je zegt 'dat daar is wel of niet een groot leeftijdsverschil' of 'nou ja, daar ga ik wel of niet een zaak van maken'. Je moet wel in bepaalde gevallen die mogelijkheid gewoon hebben, want zestien is ook nog maar zestien. Je kan niet nu nog een nieuwe categorie maken van: 'zestien en zeventien moet aan de beoordelingsvrijheid van de professionals overgelaten worden'.

Rechter 2
De vraag is waarom het zestien zou moeten zijn. Ik zou dan eerder aan achttien denken. Drank gaat naar de achttien, roken gaat naar de achttien en seksuele delicten worden zestien, dat is dan ook raar. Dat geldt dan eigenlijk voor alle delicten. Eigenlijk zou over de hele linie overwogen moeten worden of die grens van zestien niet naar achttien getrokken zou moeten worden.

#117H Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr af te schaffen. (A3) (zie #117)

- Art. 248e Sr bergt het gevaar in zich van een intentiestrafrecht. (A3)
- De vroeg gelokaliseerde strafbare gedraging in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat een tussentijdse verandering van intentie de strafbaarheid onaangetast laat. (A3)
- De vroeg gelokaliseerde strafbare gedraging in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat ontuchtige fantasieën die niet gepaard gaan met de

intentie deze tot uitvoer te brengen onder het bereik van het strafrecht worden gebracht. (A3)

#118H Contra. Het verdient geen aanbeveling de strafbare gedraging in art. 248e Sr nog verder naar voren te halen. (A1; A2; R1; R5; RK) (zie #105, #105H en #118)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich van een intentiestrafrecht. (A2; R5)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat het bereik van de wet te ruim wordt. (R1; R5)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr is problematisch in het licht van het legaliteitsbeginsel. (R1)

- De stelling dat de huidige formulering van art. 248e Sr het niet mogelijk maakt vroeg genoeg in te grijpen is onjuist, aangezien het ook mogelijk is onwenselijk gedrag te voorkomen door de persoon die blijk geeft van onwenselijke intenties erop te attenderen dat zijn gedrag niet onopgemerkt is gebleven. (R1)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat een tussentijdse verandering van intentie de strafbaarheid onaangetast laat. (R5)

- Het verder naar voren halen van de strafbaarheid in art. 248e Sr bergt het gevaar in zich dat ontuchtige fantasieën die niet gepaard gaan met de intentie deze tot uitvoer te brengen onder het bereik van het strafrecht worden gebracht. (R5)

- Een argument om het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' in art. 248e Sr te handhaven, is dat de rechter aldus wordt gedwongen de strafbaarheid goed te motiveren. (R5)

Advocaat 3
Ik vind dat grooming eruit moet. Ik vind dat het er nooit in had moeten komen. Toen het pas ingevoerd werd, hebben we daar ook commentaar op geleverd, omdat het gevaar is dat je een soort intentiestrafrecht krijgt. De achterliggende gedachte is dat je moet ingrijpen voordat het daadwerkelijk tot een afspraak komt, dat je kinderen moet beschermen, dat je niet moet wachten tot… Maar ik denk dat er andere artikelen zijn, zoals de poging, waar je ook al best wel een eind mee komt om in te grijpen voordat het zo ver is. Het idee is altijd 'hoe sterker en hoe beter beschermend, hoe beter', maar het nadeel ervan is echt het gevaar van een intentiestrafrecht, want het feit dat iemand chat en zelfs die bedoeling uit van 'goh, ik zou best wel eens een keertje met je…', maakt dat je geen enkele mogelijkheid meer krijgt om te accepte-

ren dat het misschien op fantasiebasis blijft. Zeker het internet is natuurlijk een enorme wereld waar alles kan op een anonieme basis en waarin je dus echt heel erg kan fantaseren over dingen die je niet daadwerkelijk ten uitvoer zult brengen. Hier proef je heel erg: ‘wij vinden normatief van alles en nog wat, dat is een vieze man, er over denken mag niet…’ Maar we leven wel in een maatschappij waar denken en fantaseren nog steeds niet strafbaar is. En als je dit dus zo doet, dan kom je echt op een hellend vlak.

Kijk, je moet een ontmoeting voorstellen met het oogmerk, dat is soms lastig, maar goed als iemand zegt ‘ik zou heel graag je borstjes willen voelen’, dan is dat oogmerk vrij duidelijk, dus daar kun je wel wat mee. Maar je moet een handeling ondernemen gericht op het verwezenlijken. Is dat dan vragen? De internettijden van de trein opzoeken? Al die dingen kunnen nog heel goed gebeuren bij iemand die daarna als hij zijn computer uitzet denkt: ‘waar ben ik eigenlijk mee bezig? Wat stom, ik ga toch echt niet met een kind afspreken? Ze ziet toch dat ik geen goddelijke zeventienjarige ben?’ Daar kun je niet meer op terugkomen, want het feit is gewoon al voltooid op dat moment en dat is strafwaardig. De reden daarvoor is dat we kinderen willen beschermen en zo vroeg mogelijk willen ingrijpen en dat is gevaarlijk.

Het is niet alleen dat je gepakt wordt in een heel vroeg stadium zonder dat je daadwerkelijk echt iets fysieks wil gaan doen, maar het maakt je hele leven voor altijd kapot, want een veroordeling voor grooming heeft gevolgen voor je VOG. Het heeft gevolgen voor je mogelijkheden om ooit nog aan het werk te komen. Dus de impact is zo gigantisch en dan roepen er natuurlijk allerlei beschermers van de belangen van minderjarigen: ‘maar de impact van seksueel misbruik is…’ Natuurlijk, maar door die emotie van ‘het is erg en het gaat om kinderen die beschermd moeten worden’ verliezen we een aantal andere dingen uit het oog, ben ik bang.

Advocaat 1
Ik ben geen voorstander van het naar voren halen van het strafbare handelen. Die tendens is er wel, maar ik ben er tegenstander van. Zoiets moet wel geconcretiseerd worden. Niet alles wat moreel verwerpelijk is, moet je ook in het strafrechtelijke willen oplossen.

Advocaat 2
Je kan grooming eigenlijk vergelijken met voorbereidingshandelingen en voor voorbereidingshandelingen is ook een begin van uitvoering vereist. En ik vind dat toch echt wel het minimum voordat we mensen gaan opsluiten. Dus de officieren kunnen dat allemaal lastig vinden, maar dan hadden ze maar een andere baan moeten zoeken. Voordat je mensen opsluit, moeten ze wel een handeling hebben verricht. Het is gelukkig nog zo dat denken vrij is. Denken is eigenlijk het enige wat echt vrij is en niet gereguleerd is door de overheid. Als je dat laat vallen, dan wordt eigenlijk bijna al denken aan een ontmoeting strafbaar. En ik denk dat je – al helemaal bij dit soort types – een heel scherp onderscheid moet hebben tussen ‘u mag fantaseren wat u wil, maar u mag het

niet doen!' Daar is ook het onderscheid tussen een gezond mens en een psychopaat op gebaseerd. Dus ik denk dat je die eis toch gewoon wel mag stellen.

Rechter 1

Voor art. 248e hoeft de ontmoeting niet daadwerkelijk gerealiseerd te zijn. Je moet een ontmoeting voorstellen. Dat blijkt dan vaak uit de tekst van gesprekken of van verhoren. Ja, dat werkt heel behoorlijk. Het artikel is in staat om vroeg genoeg in te grijpen, want als je nog vroeger gaat ingrijpen, dan wordt het lastig. Ik denk dus: door de combinatie van dingen moet duidelijk zijn dat het een seksuele lading en bedoeling heeft. Dat moet je vast kunnen stellen. Dat eist de wet. En dan eist de wet weer niet dat de ontmoeting die je afgesproken hebt, ook geëffectueerd is. Het is niet zo dat je pas te laat kunt ingrijpen, want je kan ook ingrijpen als je er verder geen strafzaak van kan maken. Je kunt ook gewoon iemand op zijn schouder tikken. Wat ook wel eens gebeurt bij overvallen. Kapot maken. Je hebt informatie dat iemand iets lelijks van plan is en je stuurt agent Platvoet daarheen en die zegt: 'vriend wat je ook van plan bent, doe het niet! Wij weten dat je er mee bezig bent, houd ermee op! We houden je in de gaten!'

Als je moet kiezen tussen het ruimer maken van de wet zodat in een veel eerder stadium kan worden ingegrepen en platstampen, dan heeft de platstampmethode mijn voorkeur. 'Thinning the maze, widening the net', dat zijn twee hele belangrijke concepten. Als je het net te wijd of te fijnmazig maakt, dan krijg je andere problemen. Dan beschuldig je mensen van grooming, terwijl daar eigenlijk geen enkele reden toe is. Dat is ook naar een verdachte toe. De wet moet ook beschermend werken. Behalve een zwaard om te slaan, is het ook een schild om je te beschermen. En dat er dan ook te veel dingen onder kunnen vallen die in gemoede niet tot dit soort gedrag aanleiding geven. En dat is een keus. En ik snap best dat een officier eerder wil door kunnen pakken. En als hij het echt niet vertrouwt of het is iemand die nog in toezicht loopt of in het verleden nog wat dingen heeft gehad, dan stuurt hij er gewoon iemand op af die zegt: 'vriend, dat moet afgelopen zijn. Voor ieder ander zouden we er niets van zeggen, maar jij hebt nu eenmaal dit en dit gedaan. Weet dat de officier het ook weet. En denk erom dat als het tot iets komt, dat we je in beginsel, spreekwoordelijk, aan de hoogste juridische boom opknopen.' Je kunt dan zeggen: is dat dan wel ethisch? In ieder geval heeft er dan verder niemand last van. Je maakt er een nette mutatie van, je legt het wel vast, wat en hoe. Je moet er ook voorzichtig mee zijn.

Als een delict te vaag wordt en er te veel onder valt, dan raak je aan art. 1 Sr. Dan zaag je de rechtstaat ten gronde om. En dan kan de officier wel zeggen: 'ja, maar ik wil eerder kunnen ingrijpen'. Ik vind het legaliteitsbeginsel minstens zo belangrijk. Alleen, ik vind dat officieren daar ook wel eens aan mogen denken. En natuurlijk is het fijn als je kunt optreden als je denk dat het nodig is. Maar de vraag is dan: wat als het niet binnen de wet valt en het toch buitengewoon ongewenst is? Nou, dan heb je agent Platvoet.

Maar nogmaals, te dunne mazen leveren andere wezenlijke problemen op. En dan moet er een hele zware maatschappelijke noodzaak zijn, en die is

er volgens mij niet. Dat zou de enige reden kunnen zijn dat je heel weloverwogen zegt van: 'er is zo'n groot probleem rondom dit soort processen, wij moeten de normen strenger stellen, we voeren de seksuele Sharia in. Geen contact tussen mannen boven een bepaalde leeftijd en vrouwen die ze niet kennen onder een bepaalde leeftijd. Dat kan je verbieden. Raar verbod. Dat zit nog verder in de voorfase.

Rechter 5
Het is soms best lastig te bepalen wanneer je nou een handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van de ontmoeting. In die groomingszaken die wij hebben gehad, struikelt het daar dan op, maar als je het weghaalt, dan zou – als ik het goed zie – het enkele voorstellen van een ontmoeting al genoeg zijn: 'wil jij seks met mij?' Ik zou dan denken 'dat gaat te ver', want het is lastig als iemand iets roept om daar direct ook maar het oogmerk uit te halen dat je daadwerkelijk seks wilt of dat het een geintje is. Of dat iemand na een nachtje erover slapen denkt van: 'gut, wat heb ik nu gezegd, dat kan natuurlijk echt niet'. Dus ik zou denken dat je dan te veel een intentiestrafrecht krijgt. De intentie is bij ons in principe niet strafbaar en juist dat stukje ziet er natuurlijk op dat je die intentie wat meer vorm gaat geven, dus ik zou nu zeggen: 'nee, dat moet er niet uit'. Het blijft wel een knelpunt inderdaad. Wij hebben bijvoorbeeld iemand gehad die had via de Whatsapp afgesproken met een minderjarig meisje om de volgende dag elkaar te ontmoeten en seks te hebben. Het was een concrete afspraak, dus de volgende dag, in de nabije toekomst voor een *x* bedrag (zo veel honderd euro) en er was ook een ontmoetingsplaats afgesproken. Hij is daar ook naar toegegaan, maar hij zegt zelf: 'ik heb dat inderdaad wel zo tegen haar gezegd, maar het was eigenlijk een beetje voor de gein en ik heb haar de volgende dag ook nog berichten gestuurd dat ik eigenlijk gewoon wilde chillen'. Die jongen bleek ook helemaal geen geld bij zich te hebben toen hij daar kwam, dus kennelijk had hij helemaal niet de bedoeling. Als je nu dat stukje zou weghalen waar we het nu over hebben, dan zou je dus eigenlijk de mogelijkheid om ook weer terug te komen op je bedoeling onmogelijk maken, want dan zou het enkele voorstellen al strafbaar zijn. Dan heb je geen vrijwillige terugtred optie meer en is er ook eigenlijk niet meer sprake van een poging; het enkele roepen zal al genoeg zijn. Als je het weghaalt, dan gaat het te ver vind ik. Dan kom je te snel in een strafbare gedraging. En zoals het er nu staat, vraagt het wel om motivering: waarom vind je dat dit nou echt wel grooming is en dat iemand daadwerkelijk zijn oogmerk ook tot uitdrukking heeft gebracht? En als ik er zo over nadenk, is het wel een knelpunt, maar misschien ook wel ten goede, omdat je daardoor gedwongen wordt om de situatie heel erg onder de loep te nemen en uit te leggen: dit vinden we echt over de grens. Dus ik zou, nu ik er zo lang over nadenk, nog sterker tegenstander ervan zijn dat eruit te halen. Laat dan maar zo staan.

Renée Kool
Ik vind wel dat dat 'enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' in het artikel moet blijven staan. En dat zou ik dan ook, eerlijk gezegd, vrij strikt willen interpreteren, want anders krijgen we 'Samir A. gevalletjes' en dat soort dingetjes. Je moet wel *iets* hebben. Het is primair jouw verantwoordelijk om erop te letten wat je kinderen in die onbeschermde omgeving doen. Als we dan met het strafrecht aan de hand komen, dan vind ik wel dat er iets substantieels moet zijn. Mannen in de bosjes waren er altijd al en er zijn nu ook mannen in de digitale bosjes, zeg maar. Dat is een soort gevaarzetting die je zelf moet ondernemen. Het strafbaar stellen van sekschats zou ik ook niet willen; dat gaat me te ver. In Amerika hebben ze een veel breder begrip dan grooming. Dan bind je een soort fatsoensnorm, een terechte fatsoensnorm overigens, op iemand die zich dan permanent niet moet laten uitlokken bij wijze van spreken door een minderjarige, want zo gaat het hè. Die minderjarigen denken dat ze het allemaal kunnen beheersen en ondertussen beginnen ze ergens aan, alleen weten ze niet waar het eindigt. Het is allemaal spannend bij wijze van spreken. Dan denk ik 'nee, je moet wel iets hebben', in ieder geval die intentie. Ik vind niet dat je moet gaan sekschatten met minderjarigen, maar of dat nou strafwaardig moet zijn. Dan denk ik van: 'nee, dat zou me te ver gaan'. Er moet iets uit voortkomen: óf een afbeelding óf iets pornografisch bij wijze van spreken.

#119H Contra. Het verdient geen aanbeveling het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr te koppelen aan de voorstelling van de dader. (A1; A2; A4) (zie #109, #109H en #119)

- Het koppelen van het leeftijdsvereiste aan de voorstelling van de dader is in strijd met de ratio van art. 248e Sr, zijnde de bescherming van personen die daadwerkelijk minderjarig zijn. (A1)

Advocaat 1
Met betrekking tot lokpubers – politieagenten die zich voordoen als minderjarigen – als je het hebt over misleiding, dan is dat het. Dat is om de pedo's eruit te vissen. Kijkend naar de ratio – bescherming van de minderjarige – er wordt geen minderjarige geschaad. Dus ik ben er geen voorstander van dat ook grooming met lokpubers, niet zijnde minderjarigen, strafbaar is. Op dit moment hebben we de rechtspraak aan onze kant. Ik ben er geen voorstander van. Ook kijkend naar de bedoeling van de zedenwetgeving, dat is niet zozeer de pedo's eruit vissen, maar de bescherming van minderjarigen. Dat je een pedofiel bent is één, dat is niet erg, zo lang je er maar niets mee doet. Op moment dat je er niets mee doet, althans niet met een minderjarige, vind ik ook niet dat je strafbaar zou moeten zijn, althans niet in beginsel. Met die voorstellen van die lokpubers, dan zou je dus iets doen met een meerderjarige. Dat is niet handig en je kunt zeggen 'hij heeft pedofiele neigingen' en dat zal allemaal best, maar hij doet nog niets, althans niet met een minderjarige. Dan zou ik zeggen: dat moet niet onder de werking van de strafwet vallen.

Ik vind het te ver voeren om te zeggen dat is één op één. Namelijk, iemand die zo'n afspraak maakt, die gaat ook ontucht plegen. Je zou kunnen zeggen 'waarom maak je anders zo'n afspraak?', maar dat is toch niet zo. In mijn praktijk kom ik vaak genoeg mensen tegen die een afspraak maken, maar dat het tijdens zo'n afspraak geheel anders loopt. Misschien dat iemand tot inzicht komt of schrikt van 'deze is wel erg jong'. Ik vind dat de grens dan gesteld moet worden met dat je zeker weet dat het een minderjarige is, dat staat dan in de wet, dat is grooming. Als je dat niet zeker weet of dat blijkt niet zo te zijn, dan wordt er geen belang van minderjarigen geschaad. En dan vervolgens de grens verschuiven naar de afspraak zelf. En je kan natuurlijk zeggen 'safety first' of maak alles maar strafbaar zodra er een minderjarige bij betrokken is, maar dat vind ik een beetje kortzichtig. Dat lijkt meer te passen bij onderbuikgevoelens. In het huidige klimaat geldt dat alles wat maar riekt naar zedenfeiten en kinderporno moeten we maar direct strafrechtelijk aanpakken. Ik ben er als advocaat voor om een beetje tegengas te geven, dus in dit geval is mijn standpunt: niet doen.

Advocaat 2
Ik ben wel blij dat lokpubers er niet onder vallen; ik ben daar niet zo voor. Dus wat mij betreft zou dat een objectieve leeftijd moeten zijn. En als men vindt dat politiemensen dit zouden moeten kunnen uitlokken, dan maken ze daar maar een bijzondere opsporingsbevoegdheid van, omgeven met alle waarborgen die nodig zijn. Het is niet voor niks zo dat uitlokking strafbaar is in ons land. Ik vraag me ook af of je er zo veel aan hebt, in de opsporingssfeer hè. Stel nou je doet dat. Oké, dan pak je iemand voor dit artikel. Dit is zo'n beetje de laagste strafbedreiging uit die hele zedentitel. Ga je daar wat mee bereiken? Ik zou denken: zet je capaciteiten nou eens in om de verspreiders en makers van kinderporno te vinden. Ga daar eens je capaciteiten inzetten; we weten allemaal dat die zaken op de plank blijven liggen op het ogenblik. We weten dat er daadwerkelijk kinderen misbruikt worden, ook in ons land waar de politie allerlei gegevens van heeft maar waar geen capaciteit op wordt ingezet en dan gaan we met zijn allen een beetje lopen uitlokken? Toedeledoki, zet die agenten dan in op de zaak waarvan je enigszins kunt hopen dat je ze die rond kunnen maken.

Advocaat 4
Ik ben het eens met de jurisprudentie hierover. De jurisprudentie dat het moet gaan om een daadwerkelijke minderjarige en niet iemand die zich voordoet als een minderjarige.

3.9 Opsomming van alle herzieningssuggesties

Deze laatste paragraaf van dit hoofdstuk bevat een opsomming van alle suggesties (inclusief de herhaalde suggesties), zoals deze zijn weergeven in de paragrafen 3.2 tot en met 3.8. De suggesties worden voorafgegaan door een

aanduiding van de paragraaf waarin de suggesties zijn opgenomen. Daarnaast wordt de wetsbepaling waarop de paragraaf betrekking heeft weergegeven. De bij de suggesties behorende informatie-eenheden zijn niet in dit hoofdstuk opgenomen.

3.2 Seksuele delicten tegen jeugdigen

3.2.1 Kinderpornografie (art. 240b Sr)

Artikel 240b Sr

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

Seksuele gedraging

#1 Overwogen zou kunnen worden de term ‘seksuele gedraging’ in art. 240b Sr te vervangen door een term die buiten twijfel stelt dat feitelijkheden zoals poseren of heimelijk filmen van een douchend persoon onder de bepaling vallen. (O1)

#2 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dan wel van een zodanige toelichting te voorzien dat duidelijk tot uitdrukking wordt gebracht dat alleen evident seksuele gedragingen onder de bepaling vallen. (A4)

#3 Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 248c Sr, hetgeen betrekking heeft op ‘ontuchtige handelingen’ en anderzijds art. 240b Sr, hetgeen betrekking heeft op ‘een seksuele gedraging’, te herzien. Het verdient daarbij aanbeveling te opteren voor de term ‘een seksuele gedraging’. (NRM; Machielse) (zie 3H)

Virtuele kinderpornografie

#4 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dan wel van een zodanige toelichting te voorzien dat ook niet-

realistische afbeeldingen die bedoeld zijn om als kinderpornografie te dienen onder de bepaling vallen. (O5)

#5 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dat virtuele kinderpornografie niet meer onder het bereik van de bepaling valt. (A4; R1; R3) (zie #6)

#6 Contra. Virtuele kinderpornografie dient opgenomen te blijven in het Wetboek van Strafrecht. (NRM) (zie #5)

Kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt

#7 Overwogen zou kunnen worden in art. 240b Sr buiten twijfel te stellen dat het ook gaat om iemand die er ouder dan achttien jaar uitziet, maar die deze leeftijd nog niet heeft bereikt. (Machielse)

#8 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dat de werkelijke leeftijd van de afgebeelde persoon maatgevend is voor de strafbaarheid. (A1; R1; R2)

#9 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt' in art. 240b Sr te koppelen aan een strafuitsluitingsgrond die behelst dat de strafbaarheid wordt uitgesloten indien de afgebeelde persoon zestien jaar of ouder is en daarmee heeft ingestemd. (A2) (zie #19)

#10 Overwogen zou kunnen worden een strafuitsluitingsgrond aan art. 240b Sr toe te voegen, waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat de strafbaarheid wordt uitgesloten als aannemelijk is (of wordt gemaakt) dat de afbeelding van de seksuele gedraging betrekking heeft op iemand van achttien jaar of ouder. (A4)

Zich de toegang verschaffen

#11 Overwogen zou kunnen worden duidelijker aan te geven wat precies onder het bereik van het bestanddeel 'zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft' in art. 240b Sr valt. Dat zou bijvoorbeeld gestalte kunnen krijgen door het opnemen van een bijzondere strafuitsluitingsgrond waarin wordt uiteengezet in welke gevallen geen strafbaarheid bestaat. (A3)

Niet-vastgelegde beelden

#12 Overwogen zou kunnen worden het bekijken van kinderpornografische beelden die niet worden vastgelegd onder het bereik van art. 240b Sr te brengen. (O5; A2; RK)

De strafbaarheid van een grote hoeveelheid kinderpornografie

#13 Overwogen zou kunnen worden art. 240b Sr zo op te stellen dat de delictsomschrijving ziet op een hoeveelheid kinderpornografie (bijvoorbeeld in terabytes) in plaats van op één enkele afbeelding. (O3; O5)

Differentiëren tussen gedragingen

#14 Overwogen zou kunnen worden te differentiëren in strafhoogte tussen de verschillende gedragingen die nu zijn opgenomen in art. 240b Sr. Dit zou gestalte kunnen krijgen door bepaalde gedragingen in een apart delict strafbaar te stellen. (NRM; NRM-doc) (zie #16 en #26)

#15 Overwogen zou kunnen worden te differentiëren in strafhoogte tussen de verschillende gedragingen die nu zijn opgenomen in art. 240b Sr. Dit zou gestalte kunnen krijgen door gebruik te maken van strafverzwaringsgronden. (A2) (zie #16 en #26)

#16 Contra. Het verdient geen aanbeveling te differentiëren in strafhoogte tussen de verschillende gedragingen die nu zijn opgenomen in art. 240b Sr. (O5) (zie #14, #15 en #17)

Strafverzwarende gronden

#17 Overwogen zou kunnen worden de in art. 240b lid 2 Sr opgenomen strafverzwarende grond (het een beroep of gewoonte maken van kinderpornografie) te schrappen. In het verlengde daarvan zou tevens overwogen kunnen worden de strafbedreiging van lid 1 te verhogen van vier jaar naar acht jaar. (O3) (zie #16)

#18 Overwogen zou kunnen worden het een gewoonte maken een van de misdrijven omschreven in art. 240b lid 1 Sr te plegen niet langer als strafverzwarende grond te bestempelen. De strafverzwarende grond zou beperkt dienen te blijven tot het beroepsmatig handelen. (A5)

Inperkingen van het bereik van art. 240b Sr

#19 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of bepaalde manifestaties van *sexting* die plaatsvinden tussen jongeren onderling wel onder het bereik van art. 240b Sr zouden moeten vallen. (O3; A2) (zie #9)

#20 Overwogen zou kunnen worden een strafbepaling te creëren voor internetproviders die het mogelijk maken de toegang te verschaffen tot netwerken met kinderpornografische afbeeldingen. (O4) (zie #49)

#21 Overwogen zou kunnen worden een strafbepaling te creëren voor internetproviders die het mogelijk maken anoniem op het internet te surfen. (O4) (zie #49)

Systematiek

#22 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van art. 240b Sr (achttien jaar) en art. 245 Sr (zestien jaar) op elkaar af te stemmen. (O5; A1) (zie #22H)

Sancties

#23 Overwogen zou kunnen worden de volgende bepaling in art. 14b Sr op te nemen. 'De proeftijd kan eveneens ten hoogste tien jaren bedragen indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat de gezondheid of het welzijn van een of meer kinderen benadeelt. Onder het benadelen van de gezondheid of het welzijn van een kind wordt voor de toepassing van dit artikel mede begrepen het misdrijf, bedoeld in art. 240b Sr.' (Notitie OM 2014; O5)

#24 Overwogen zou kunnen worden in art. 38e lid 1 Sr buiten twijfel te stellen dat een ongemaximeerde tbs met dwangverpleging kan worden opgelegd voor kinderpornografiedelicten. (Notitie OM 2014; O5)

#25 Overwogen zou kunnen worden het in art. 22b lid 2 Sr neergelegde verbod een taakstraf op te leggen in het geval van overtreding van art. 240b Sr te schrappen. (R3; R5)

#26 Overwogen zou kunnen worden de maximale strafhoogte van vier jaar voor bepaalde in art. 240b Sr opgenomen gedragingen te verhogen. (O3; A2) (zie #14, #15 en #17)

3.2.2 Seks met jeugdigen (art. 244, 245 en 247 Sr)

Artikel 244 Sr
Hij die met iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 245 Sr
Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 247 Sr
Hij die (...) met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

#27 Overwogen zou kunnen worden het seksueel laten binnendringen bij de dader door het slachtoffer onder de reikwijdte van de artikelen 244 en 245 Sr te brengen. (Notitie OM 2014; O1; NRM) (zie #169)

#28 Overwogen zou kunnen worden buiten twijfel te stellen dat het laten plegen van ontuchtige handelingen bij de dader door het slachtoffer onder art. 247 Sr valt. (Notitie OM 2014; O3)

#29 Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 247 Sr, hetgeen een strafbedreiging van zes jaar oplevert en anderzijds art. 248a Sr, hetgeen een strafbedreiging van vier jaar oplevert, te herzien. (Notitie OM 2014; NRM) (zie #29H)

#30 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt' te schrappen uit art. 247 Sr. (A3)

#31 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of de leeftijdsgrens van zestien jaar in de artikelen 245 en 247 Sr nog adequaat is. (O3; O4; O5; A4)

#32 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of het mogelijk is meer handvatten te bieden met betrekking tot de vraag wat voor een handelingen 'ontuchtige handelingen' opleveren in het kader van de artikelen 245 en 247 Sr. (O3; O4; O5; A4)

#33 Overwogen zou kunnen worden het afgeschafte klachtvereiste bij art. 245 Sr weer in te voeren. (A4; R3)

#34 Overwogen zou kunnen worden de gronden die nu volgens de jurisprudentie het ontuchtige karakter aan de seksuele handelingen als bedoeld in art. 245 Sr doen ontvallen op te nemen in een bijzondere strafuitsluitingsgrond. (A1)

#35 Overwogen zou kunnen worden consensuele seksuele contacten tussen jongeren met een gering leeftijdsverschil van strafbaarheid uit te sluiten door middel van een strafuitsluitingsgrond. (A2)

#22H Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van art. 240b Sr (achttien jaar) en art. 245 Sr (zestien jaar) op elkaar af te stemmen. (O5; A1) (zie #22)

#36 Overwogen zou kunnen worden de jeugdige leeftijd en de lichamelijke en geestelijke onmacht niet onder één noemer te behandelen, zoals nu het geval is bij art. 247 Sr. (O2; A3; A5; R2) (zie #36H)

#37 Overwogen zou kunnen worden duidelijker dan nu het geval is in de delictsomschrijvingen van de artikelen 244, 245 en 247 Sr neer te leggen dat de leeftijd geobjectiveerd is. (A3) (zie #83)

#38 Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 247 Sr jo. art. 248 lid 2 Sr, hetgeen een strafbedreiging van acht jaar oplevert, en anderzijds art. 249 lid 1 Sr, hetgeen een strafbedreiging van zes jaar oplevert, te herzien. (Notitie OM 2014; NRM) (zie #38H)

#39 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 244 Sr, waarbij gesproken wordt van 'handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam' en de delictsomschrijving van art. 245 Sr, waarbij gesproken wordt van 'ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam' op elkaar af te stemmen. (R2)

#40 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'buiten echt' te verwijderen uit de artikelen 245 en 247 Sr. (R2; R3; NRM)

#41 Indien het nodig wordt geacht het strafuitsluitende karakter van seksuele handelingen binnen het huwelijk in de wet op te nemen, dan zou overwogen kunnen worden dat in een aparte bepaling aan het eind van de titel op te nemen. (R2)

#42 Overwogen zou kunnen worden de term 'seksueel binnendringen', die nu in de artikelen 244 en 245 Sr wordt gebezigd, te vervangen door de term 'binnendringen'. (A2)

#43 Overwogen zou kunnen worden geen onderscheid te maken tussen de categorieën onder de twaalf jaar en twaalf tot zestien jaar, zoals nu het geval is bij art. 244 Sr en art. 245 Sr. (A2) (zie #122, #144 en #144H)

#44 Overwogen zou kunnen worden de maximumstraf voor het binnendringen bij jeugdigen onder de zestien jaar hoger te stellen dan de maximumstraf van twaalf jaar die op verkrachting is gesteld. (A2) (zie #135, #135H en #160)

#45 Overwogen zou kunnen worden één basisartikel te creëren dat betrekking heeft op ontucht met jongeren onder de zestien jaar. Het seksueel binnendringen en de leeftijd van onder de twaalf jaar zouden dan bijvoorbeeld als aparte strafverzwarende gronden in de wet kunnen worden opgenomen. (R3; R5) (zie #127, #127H, #147 en #171)

#46 Overwogen zou kunnen worden één artikel te creëren dat betrekking heeft op ontucht met jongeren onder de zestien jaar. De maximumstraf zou daarbij op twaalf jaar gesteld moeten worden. Eventuele strafverhogende omstandigheden dienen aan bod te komen bij de strafoplegging. (O3)

#47 Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor zowel binnendringen als ontucht bij jeugdigen. Aan deze delicten zouden dan strafverzwarende gronden, zoals leeftijd onder de twaalf jaar, het misbruik maken van een afhankelijkheidsrelatie of het gebruiken van geweld kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #56, #56H, #107, #107H, #165 en #180)

#48 Overwogen zou kunnen worden art. 247 Sr zo uit te breiden dat bepaalde digitale uitingen die gericht zijn op ontucht onder het bereik van de bepaling worden gebracht. Het op ontucht gerichte

oogmerk zou daarbij een centrale rol dienen te vervullen. (R4) (zie #60)

#49 Overwogen zou kunnen worden een strafbepaling te creëren voor internetproviders die op de hoogte zijn dan wel zijn gebracht van het feit dat ze websites in de lucht houden waarop bepaalde uitingen voorkomen die gericht zijn op ontucht. (R4) (zie #20 en #21)

3.2.3 Uitlokken van ontucht (art. 248a, 248f en 250 Sr)

Artikel 248a Sr
Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248f Sr
Hij die door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, het plegen van ontucht door een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 250 Sr
1. Wordt gestraft:
   1°. met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert;
   2°. met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die, buiten de gevallen genoemd onder 1°, het plegen van ontucht door een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert.
2. Indien de schuldige van het plegen van het misdrijf een gewoonte maakt, kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.

#50 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 248f Sr, waarbij gesproken wordt van 'door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid (…) teweegbrengt of bevordert' en de delictsomschrijving

van art. 242 Sr, waarbij gesproken wordt van ‘door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt’ op elkaar af te stemmen. (O1)

#51 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd of minderjarigheid in de artikelen 248a, 248f en 250 Sr te objectiveren. (O1; R3)

#52 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd in art. 248a Sr te objectiveren. (O1; R2; R3)

#53 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd in art. 248f Sr te objectiveren. (O1; R3; RK)

#54 Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 248f Sr en anderzijds het deelnemen aan art. 242 Sr dan wel art. 246 Sr onder ogen te zien. (O3)

#55 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of nog behoefte bestaat aan art. 250 Sr. (O4)

#56 Overwogen zou kunnen worden één bepaling te creëren die betrekking heeft op prostitutiegerelateerde gedragingen. Aan deze bepaling zouden bepaalde strafverzwarende gronden, zoals jeugdige leeftijd of het gebruik van geweld, kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #47, #56H, #86, #107, #107H, #165 en #180)

#57 Overwogen zou kunnen worden aan art. 248a Sr een bestanddeel toe te voegen zoals ‘door enige feitelijkheid heeft bewogen tot’. (O5)

#58 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel ‘misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht’ te verwijderen uit art. 248a Sr. (A3)

#59 Overwogen zou kunnen worden in art. 248a Sr de woorden ‘van hem’ uit het bestanddeel ‘van hem te dulden’ te schrappen. (Machielse)

#60 Overwogen zou kunnen worden vormen van digitale ontucht, die nu worden bestreken door art. 248a Sr, nader in de wet te expliciteren. Het zich voordoen als minderjarige zou op zichzelf beschouwd al tot strafbaarheid aanleiding moeten geven. (R4) (zie #48)

#61 Overwogen zou kunnen worden opnieuw te doordenken of de artikelen 248a, 248f en 250 Sr betrekking dienen te hebben op personen die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt. (O5)

#62 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van de zedentitel als geheel opnieuw te doordenken. (O5; A1; A2; NRM)

#63 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of art. 248a Sr geen leeftijdsgrens van zestien jaar zou moeten hebben, zoals bij veel andere zedenbepalingen het geval is. (A2)

#64 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van art. 248e Sr (zestien jaar) en art. 248a Sr (achttien jaar) op elkaar af te stemmen. (A1) (zie #64H)

#65 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of art. 248f Sr geen leeftijdsgrens van eenentwintig jaar zou moeten hebben. (A2)

#66 Bij het herijken van de leeftijdsgrenzen van de zedentitel ligt het meer voor de hand te opteren voor de leeftijd van zestien jaar dan voor de leeftijd van achttien jaar. (A1)

#67 Bij het herijken van de leeftijdsgrenzen van de zedentitel zouden eventueel drie verschillende leeftijdsgrenzen een rol kunnen spelen. Enerzijds leeftijdsgrenzen die betrekking hebben op niet-prostitutiegerelateerde delicten (twaalf jaar en zestien jaar) en anderzijds leeftijdsgrenzen die betrekking hebben op prostitutiegerelateerde delicten (eenentwintig jaar). (A2)

#68 Overwogen zou kunnen worden de maximumstraffen die staan op art. 250 Sr fors te verhogen. (A2)

#69 Overwogen zou kunnen worden het feit dat een minderjarige aan iemands zorg is toevertrouwd een strafverzwarende grond te maken bij alle zedenbepalingen. (A2) (zie #108, #108H, #122, #125, #125H, #144, #144H en #151)

#70 Indien het voorgaande voorstel wordt overgenomen, dan zou overwogen kunnen worden art. 250 Sr te laten vervallen. (A2)

#71 Overwogen zou kunnen worden de artikelen 248f en 250 Sr in één bepaling te vangen. (A3)

#72 Overwogen zou kunnen worden gedragingen die betrekking hebben op het verleiden van jeugdigen in één bepaling onder te brengen. (R2)

#73 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'opzettelijk' te verwijderen uit art. 248a Sr. (A3)

#74 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of het mogelijk is meer handvatten te bieden met betrekking tot het bestanddeel 'aan zijn zorg toevertrouwde minderjarige' in art. 250 Sr (en andere delicten). (R3) (zie #124)

#29H Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 247 Sr, hetgeen een strafbedreiging van zes jaar oplevert en anderzijds art. 248a Sr, hetgeen een strafbedreiging van vier jaar oplevert, te herzien. (Notitie OM 2014; NRM) (zie #29)

#75 Overwogen zou kunnen worden de gedragingen die beschreven worden in art. 250 lid 1 Sr als een pendant van art. 249 Sr vorm te geven. (RK)

#76 Overwogen zou kunnen worden de term 'ontuchtige handelingen' in de gehele zedentitel te vervangen door de term 'seksuele handelingen'. (A2) (zie #35)

#77 Overwogen zou kunnen worden bepalingen die lijken te suggereren dat de ontucht betrokken dient te zijn op bepaalde personen in die zin aan te passen dat enkel 'ontuchtige handelingen' worden vereist. Dat betekent dat woorden die een dergelijk verband lijken aan te duiden, zoals 'met', 'van' of 'door', uit de bepalingen in kwestie geschrapt dienen te worden. (O5) (zie #101)

3.2.4 Jeugdprostitutie (art. 248b Sr)

Artikel 248b Sr
Hij die ontucht pleegt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

#56H Overwogen zou kunnen worden één bepaling te creëren die betrekking heeft op prostitutiegerelateerde gedragingen. Aan deze bepaling zouden bepaalde strafverzwarende gronden, zoals jeugdige leeftijd of het gebruik van geweld, kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #47, #56, #86, #107, #107H, #165 en #180)

#78 Overwogen zou kunnen worden een pendant van art. 248b Sr te creëren die betrekking heeft op personen die de leeftijd van twaalf jaar maar nog niet die van zestien jaar hebben bereikt. Dit delict zou een hogere maximumstraf moeten hebben dan art. 248b Sr. (A2)

#79 Overwogen zou kunnen worden een pendant van art. 248b Sr te creëren die betrekking heeft op personen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt. Dit delict zou een hogere maximumstraf moeten hebben dan het bovengenoemde delict. (A2)

#80 Overwogen zou kunnen worden de omstandigheid dat een zedendelict plaatsvindt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling als een strafverzwarende grond aan bepaalde zedendelicten te koppelen. (A2)

#81 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'ontucht plegen' in art. 248b Sr te vervangen door een neutralere term, zoals 'verrichten van seksuele handelingen'. (A3)

#82 Overwogen zou kunnen worden alle bestanddelen in de zedentitel die betrekking hebben op ontucht, maar die geen toegevoegde waarde hebben omdat de gedraging in kwestie onder alle omstandigheden als ontuchtig is te beschouwen, te vervangen door een neutralere term. (A3)

#83 Overwogen zou kunnen worden duidelijker dan nu het geval is in de delictsomschrijving van art. 248b Sr neer te leggen dat de leeftijd geobjectiveerd is. (A3) (zie #37)

#84 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of de leeftijd in art. 248b Sr wel geobjectiveerd zou dienen te blijven. Bij een bevestigend antwoord op die vraag zou overwogen kunnen worden de bepaling op een andere plaats op te nemen. (A5)

#85 Indien op basis van ervaringen uit de praktijk of empirisch onderzoek kan worden vastgesteld dat een substantieel gedeelte van prostitués of prostituees onvoldoende in staat is op het punt van betaalde seks zijn of haar wil te bepalen, dan zou overwogen kunnen worden de leeftijdsgrens van art. 248b Sr op eenentwintig jaar te stellen. (R1)

3.2.5 Aanwezigheid seksshow met achttienminner (art. 248c Sr)

> Artikel 248c Sr
> Hij die opzettelijk aanwezig is bij het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel bij het vertonen van afbeeldingen van dergelijke handelingen in een daarvoor bestemde gelegenheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

#86 Indien één bepaling wordt gecreëerd die betrekking heeft op prostitutiegerelateerde gedragingen, dan zou art. 248c Sr ook in deze bepaling kunnen worden geïntegreerd. (O5) (zie #56 en #56H)

#87 Overwogen zou kunnen worden art. 248c Sr zo aan te passen dat het ook betrekking heeft op personen die via moderne communicatiemiddelen getuige zijn van het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt. (A3)

#88 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of art. 248c Sr alleen betrekking dient te hebben op fysieke aanwezigheid of dat de bepaling ook betrekking zou dienen te hebben op vormen van digitale aanwezigheid. (A5)

#89 Overwogen zou kunnen worden art. 248c Sr slechts van toepassing te laten zijn op personen die faciliterend optreden ten aanzien van het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt. (A2)

#90 Overwogen zou kunnen worden art. 248c Sr gepaard te laten gaan van een overtredingsvariant waarbij geen opzet of schuld bewezen hoeft te worden. (R4)

#91 Overwogen zou kunnen worden bepalingen uit de zedentitel waarbij het bewijzen van opzet of schuld tot problemen aanleiding kan geven, gepaard te laten gaan van een overtredingsvariant waarbij geen opzet of schuld bewezen hoeft te worden. (R4) (zie #163)

#3H Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 248c Sr, hetgeen betrekking heeft op 'ontuchtige handelingen' en anderzijds art. 240b Sr, hetgeen betrekking heeft op 'een seksuele gedraging', te herzien. Het verdient daarbij aanbeveling te opteren voor de term 'een seksuele gedraging'. (NRM; Machielse) (zie #3)

#92 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd in art. 248c Sr te objectiveren. (NRM)

#93 Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr in één bepaling onder te brengen met de artikelen 248c en 248d Sr. (R2) (zie #93H)

#94 Overwogen zou kunnen worden art. 248c Sr te schrappen. (R2) (zie #104 en #191)

#95 Overwogen zou kunnen worden een aantal delicten in de zedentitel alleen vervolgbaar op klacht te laten zijn. (R2) (zie #95H)

3.2.6 Zestienminner getuige laten zijn van seksuele handelingen (art. 248d Sr)

> Artikel 248d Sr
> Hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, met ontuchtig oogmerk ertoe beweegt getuige te zijn van seksuele handelingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

#96 Overwogen zou kunnen worden de leeftijd in art. 248d Sr te objectiveren. (O1; R3; RK)

#97 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'met ontuchtig oogmerk' in art. 248d Sr te schrappen dan wel te vervangen door een gemakkelijker te bewijzen bestanddeel. (O2; R3)

#98 Overwogen zou kunnen worden uitdrukkelijk te motiveren waarom het leeftijdsvereiste in bepalingen die in de zedentitel zijn opgenomen al dan niet is geobjectiveerd. (O3)

#99 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel 'ertoe beweegt' in art. 248d Sr te vervangen door een term die minder actieve betrokkenheid van de zijde van de dader vereist. (O3)

#100 Overwogen zou kunnen worden art. 248d Sr op een andere plek in de zedentitel te plaatsen. Het zou daarbij aanbeveling verdienen de bepaling meer aan het eind van de titel te plaatsen. (A3) (zie #133 en #188)

#101 Overwogen zou kunnen worden de gedragingen die vallen onder art. 248d Sr onder art. 47 Sr te brengen. (RK) (zie #77)

#102 Overwogen zou kunnen worden één artikel te creëren waaronder alle strafwaardige *hands off* gedragingen vallen. Daaronder zouden in elk geval de gedragingen die nu worden gebracht onder de artikelen 240a Sr, 248d Sr en 239 Sr kunnen worden gebracht. (O5) (zie #102H)

#103 Overwogen zou kunnen worden opnieuw te doordenken tegen welke beelden en tot welke leeftijd jongeren beschermd dienen te worden. (O5) (zie #103H)

#93H Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr in één bepaling onder te brengen met de artikelen 248c en 248d Sr. (R2) (zie #93)

#95H Overwogen zou kunnen worden een aantal delicten in de zedentitel alleen vervolgbaar op klacht te laten zijn. (R2) (zie #95)

#104 Overwogen zou kunnen worden art. 248d Sr te schrappen. (R2) (zie #94 en #191)

3.2.7 Grooming (art. 248e Sr)

Artikel 248e Sr
Hij die door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, een ontmoeting voorstelt met het oogmerk ontuchtige handelingen met die persoon te plegen of een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij die persoon is betrokken, te vervaardigen wordt, indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

#105 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 248e Sr zo aan te passen dat daaronder alle seksueel getinte communicatie valt die gericht is op seksuele handelingen met en door minderjarigen. Dat brengt mee dat het gehele traject van oneerbare voorstellen, seksueel getinte chats, webcamactiviteiten en op seksuele handelingen gerichte afspraken tot ontmoetingen onder de strafbaarstelling vallen. Daaruit volgt tevens dat het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' dient komen te vervallen. (Notitie OM 2014; O1; O2; O3; O4; O5; R2; NRM; NRM-doc) (zie #105H, #118, #118H, #129 en #134)

#106 Indien het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' niet wordt verwijderd uit art. 248e Sr, dan zou overwogen kunnen worden het artikel te schrappen. (O4) (zie #106H)

#107 Overwogen zou kunnen worden een nieuw geformuleerd groomingsartikel (zie #105) te koppelen aan strafverzwaringsgronden, zoals de door de dader voorgestelde leeftijd, het maken van een afspraak of het doen bewegen tot seksuele handelingen voor de webcam. De maximumstraf bij het stapelen van strafverzwaringsgronden zou van vergelijkbaar niveau moeten zijn als het delict verkrachting. (O5) (zie #47, #56, #56H, #107H, #165 en #180)

#108 Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr te koppelen aan strafverzwaringsgronden, zoals het aan iemands zorg toevertrouwd zijn van de jeugdige of de omstandigheid dat iemand reeds eerder veroordeeld is wegens een zedendelict. (A2) (zie #69, #108H, #122, #125, #125H, #144, #144H en #151)

#109 Overwogen zou kunnen worden het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr te koppelen aan de voorstelling van de dader. (Notitie OM 2014; O1; O2; O5; A5; R1; R2; R4; NRM; RK) (zie #109H, #119 en #119H)

#110 Indien het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr wordt gekoppeld aan de voorstelling van de dader, dan zou overwogen kunnen worden de inzet van lokpubers voor te behouden aan officiële opsporingsinstanties. (NRM; NRM-doc) (zie #110H)

#111 Overwogen zou kunnen worden chats tussen ouderen die gericht zijn op het plegen van ernstige zedendelicten met kinderen strafbaar te stellen. (O2) (zie #111H)

#112 Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr ook betrekking te laten hebben op het voorstellen van een *digitale* ontmoeting met een ontuchtig karakter. (A2) (zie #112H)

#113 Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr ook betrekking te laten hebben op een ontmoetingsvoorstel dat niet plaatsvindt door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst. (A2; NRM) (zie #113H)

#114 De wetgever zou in overweging kunnen nemen zich uit te laten over de vraag of een poging tot het plegen van art. 248e Sr strafbaar is. (Notitie OM 2014; O4; R3) (zie #114H)

#115 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrens van art. 248e Sr op achttien jaar te stellen. (O1; R2) (zie #115H)

#116 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van de gehele zedentitel op achttien jaar te stellen. (R2)

#64H Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrenzen van art. 248e Sr (zestien jaar) en art. 248a Sr (achttien jaar) op elkaar af te stemmen. (A1) (zie #64)

#117 Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr af te schaffen. (A3) (zie #117H)

#118 Contra. Het verdient geen aanbeveling de strafbare gedraging in art. 248e Sr nog verder naar voren te halen. (A1; A2; R1; R5; RK) (zie #105, #105H en #118H)

#119 Contra. Het verdient geen aanbeveling het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr te koppelen aan de voorstelling van de dader. (A1; A2; A4) (zie #109, #109H en #119H)

3.2.8 Misbruik van gezag (art. 249 lid 1 Sr)

Artikel 249 Sr

1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
   (...)
   2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een (...) rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, (...), die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;
   (...).

Ontucht met een minderjarige met misbruik van gezag (art. 249 lid 1 Sr)

#120 Overwogen zou kunnen worden de omstandigheden die het misbruik van gezag in art. 249 Sr specificeren ten aanzien van minderjarigen uitsluitend in de wet op te nemen als strafverzwarende gronden. Deze strafverzwarende gronden kunnen dan worden toegepast bij de artikelen 244, 245 en 247 Sr. (O1) (zie #152)

#47H Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor zowel binnendringen als ontucht bij jeugdigen. Aan deze delicten zouden dan strafverzwarende gronden, zoals leeftijd onder de twaalf jaar, het misbruik maken van een afhankelijkheidsrelatie of het gebruiken van geweld kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #47)

#121 Bij het redigeren van strafverzwarende gronden die betrekking hebben op een afhankelijkheidsrelatie zou overwogen kunnen worden ook een algemener, ruimer begrip toe te voegen. (O5)

#122 Overwogen zou kunnen worden een basisdelict te creëren voor het plegen van ontucht met jeugdigen. Hierbij zou onderscheid gemaakt kunnen worden tussen de leeftijd onder de twaalf jaar, van twaalf jaar tot zestien jaar en boven de zestien jaar. Aan deze delicten zouden dan strafverzwarende gronden kunnen worden gekoppeld die betrekking hebben op de omstandigheden die nu in art. 249 Sr zijn opgenomen. (A2) (zie #43, #69, #108, #108H, #125, #125H, #144 en #144H)

#38H Overwogen zou kunnen worden de verhouding tussen enerzijds art. 247 Sr jo. art. 248 lid 2 Sr, hetgeen een strafbedreiging van acht jaar oplevert en anderzijds art. 249 lid 1 Sr, hetgeen een strafbedreiging van zes jaar oplevert, te herzien. (Notitie OM 2014; NRM) (zie #38)

#123 Indien art. 249 Sr betrekking beoogt te hebben op *minderjarige* stiefkinderen en *minderjarige* pleegkinderen, dan zou overwogen kunnen worden de bestanddelen 'stiefkind' en 'pleegkind' vooraf te laten gaan door het woord 'minderjarig'. (O4)

#124 Overwogen zou kunnen worden te onderzoeken of het mogelijk is meer handvatten te bieden met betrekking tot het bestanddeel 'aan zijn zorg toevertrouwde minderjarige' in art. 249 Sr (en andere delicten). (R3) (zie #74)

Ontucht met misbruik van gezag (algemeen)

#125 Overwogen zou kunnen worden de terminologie van art. 249 Sr aan te passen. Het verdient daarbij de voorkeur gebruik te maken van ruime, algemene begrippen. (O4; A3; R2; A5) (zie #69, #108, #108H, #122, #125H, #144, #144H en #151)

#126 Overwogen zou kunnen worden een pendant van art. 249 Sr te creëren die betrekking heeft op seksueel binnendringen. (R2) (zie #126H)

#127 Overwogen zou kunnen worden een strafverzwarende grond in art. 249 Sr op te nemen die betrekking heeft op het seksueel binnendringen van het lichaam. (R3) (zie #45, #127H, #147 en #171)

#128 Overwogen zou kunnen worden art. 251 Sr jo. art. 28 Sr beter toe te spitsen op de zedentitel, in zoverre dat het tot de mogelijkheden gaat behoren iemand uit een kerkelijke functie te ontzetten indien hij zich heeft schuldig gemaakt aan een zedendelict terwijl dit niet in zijn functie is begaan. (O4) (zie #128H)

3.2.9 Vertonen van schadelijke afbeeldingen aan zestienminners (art. 240a Sr)

Artikel 240a Sr
Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft hij die een afbeelding, een voorwerp of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar, verstrekt, aanbiedt of vertoont aan een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar.

#129 Indien sekschats niet strafbaar worden gesteld, dan zou overwogen kunnen worden de strafbedreiging van art. 240a Sr te verhogen. (O3) (zie #105 en #105H)

#130 Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrens van art. 240a Sr naar achttien jaar te verhogen. (O4)

#102H Overwogen zou kunnen worden één artikel te creëren waaronder alle strafwaardige *hands off* gedragingen vallen. Daaronder zouden in elk geval de gedragingen die nu worden gebracht onder de artikelen 240a Sr, 248d Sr en 239 Sr kunnen worden gebracht. (O5) (zie #102)

#103H Overwogen zou kunnen worden opnieuw te doordenken tegen welke beelden en tot welke leeftijd jongeren beschermd dienen te worden. (O5) (zie #103)

#93H Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr in één bepaling onder te brengen met de artikelen 248c en 248d Sr. (R2) (zie #93)

#95H Overwogen zou kunnen worden een aantal delicten in de zedentitel alleen vervolgbaar op klacht te laten zijn. (R2) (zie #95)

#131 Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr zo op te stellen dat het uitsluitend betrekking heeft op afbeeldingen met een seksueel karakter. (A2; R2) (zie #195)

#132 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of art. 240a Sr wel in de zedentitel opgenomen dient te zijn. (A5) (zie #195)

#133 Overwogen zou kunnen worden art. 240a Sr op een andere plek in de zedentitel te plaatsen. Het zou daarbij aanbeveling verdienen de bepaling meer aan het eind van de titel te plaatsen. (A3) (zie #100 en #188)

3.2.10 Slotvragen bij seksuele delicten tegen jeugdigen

#134 Overwogen zou kunnen worden het ongewenst toevoegen van oneerbare voorstellen strafbaar te stellen. (Notitie OM 2014; O3) (zie #105 en #105H)

#135 Overwogen zou kunnen worden een apart delict te creëren voor de verkrachting van kinderen. (NRM) (zie #44, #135H en #160)

3.3 Seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen (art. 243 en 247 Sr)

> Artikel 243 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

> Artikel 247 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden (…), wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

#36H Overwogen zou kunnen worden de jeugdige leeftijd en de lichamelijke en geestelijke onmacht niet onder één noemer te behandelen, zoals nu het geval is bij art. 247 Sr. (O2; A3; A5; R2) (zie #36)

#136 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of het in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criterium met betrekking tot de beperkte geestvermogens op een wijze geformuleerd kan worden die minder snel noopt tot het doen van indringende onderzoeken met betrekking tot de geestesgesteldheid van het slachtoffer. (O2; O4)

#137 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of het in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criterium met betrekking tot de beperkte geestvermogens op zodanige wijze geformuleerd kan worden dat kwetsbare personen een betere bescherming genieten. (R3) (zie #139)

#138 Overwogen zou kunnen worden de in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criteria met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke onmachtigheid algemener en ruimer op te stellen. Dat zou gestalte kunnen krijgen door een algemeen delict te creëren waarin het misbruik maken van een kwetsbare positie centraal wordt gesteld. Dit delict zou betrekking kunnen hebben op lichamelijke en geestelijke onmachtigheid, jeugdige leeftijd en afhankelijkheidsrelaties. (O5) (zie #138H en #139)

#139 Contra. Het in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criterium met betrekking tot de beperkte geestvermogens is adequaat geformuleerd. (A1) (zie #137 en #138)

#140 Overwogen zou kunnen worden de in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen zinsnede ‘daartegen weerstand te bieden’ te laten vervallen. (R2)

#141 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel ‘verminderd bewustzijn’ te vervangen door een bestanddeel dat een minder ruime strekking heeft. (A3)

#142 Overwogen zou kunnen worden het in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen bestanddeel ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens’ helderder te formuleren. (A3) (zie #143)

#143 Contra. De in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criteria met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke onmachtigheid zijn duidelijk en functioneren goed in de praktijk. (R1) (zie #142)

#144 Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor enerzijds binnendringen en anderzijds overige seksuele handelingen. Deze basisdelicten zouden vervolgens gekoppeld kunnen worden aan diverse strafverzwarende gronden, zoals dwang bij wilsbekwamen, leeftijd, onmachtigheid, geweld, bedreiging met geweld of het aan iemands zorg toevertrouwd zijn. (A2) (zie #43, #69, #108, #108H, #122, #125, #125H, #144H, #151 en #165)

#145 Bij het op voorgaande of andere wijze herzien van de wet zou overwogen kunnen worden de maximumstraf die gesteld wordt op het binnendringen bij een onmachtige op ten minste hetzelfde niveau als verkrachting te stellen. (A2) (zie #145H en #165)

#146 Overwogen zou kunnen worden strafbare gedragingen die betrekking hebben op lichamelijk of geestelijk onmachtigen in één bepaling onder te brengen. (R2)

#147 Overwogen zou kunnen worden één basisartikel te maken dat betrekking heeft op ontucht met lichamelijk of geestelijk onmachtigen. Het seksueel binnendringen zou dan als aparte strafverzwarende omstandigheid opgenomen dienen te worden. (R3) (zie #45, #127, #127H en #171)

#148 Overwogen zou kunnen worden art. 243 Sr om te vormen tot een pro parte doleus, pro parte culpoos delict. (O1; O3)

#149 Overwogen zou kunnen worden de maximumstraf die is gesteld op art. 243 Sr te verhogen naar twaalf jaar. (O1)

3.4 Seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken (art. 249 lid 2 Sr)

Ontucht met functioneel afhankelijken (art. 249 lid 2 Sr)

> Artikel 249 Sr
> 1. (…) wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
> 2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
> 1°. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;
> 2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;

3°. degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.

#150 Overwogen zou kunnen worden art. 249 lid 2, onder 1° Sr af te schaffen. (De Roos)

#138H Overwogen zou kunnen worden de in de artikelen 243 en 247 Sr opgenomen criteria met betrekking tot de lichamelijke en geestelijke onmachtigheid algemener en ruimer op te stellen. Dat zou gestalte kunnen krijgen door een algemeen delict te creëren waarin het misbruik maken van een kwetsbare positie centraal wordt gesteld. Dit delict zou betrekking kunnen hebben op lichamelijke en geestelijke onmachtigheid, jeugdige leeftijd en afhankelijkheidsrelaties. (O5) (zie #138 en #139)

#151 Overwogen zou kunnen worden de afhankelijkheidsrelaties die nu zijn opgenomen in art. 249 Sr als strafverzwarende grond op te voeren bij de diverse te creëren basisdelicten. Het verdient daarbij aanbeveling de afhankelijkheidsrelatie te definiëren aan de hand van een algemener, ruimer begrip. (A2) (zie #69, #108, #108H, #122, #125, #125H, #144 en #144H)

#152 Overwogen zou kunnen worden de omstandigheden die het misbruik van gezag in art. 249 Sr specificeren ten aanzien van niet-minderjarigen uitsluitend in de wet op te nemen als strafverzwarende gronden. (O1) (zie #120)

#153 Overwogen zou kunnen worden buiten twijfel te stellen dat meer alternatief georiënteerde afhankelijkheidsrelaties onder het bereik van art. 249 Sr vallen. (O2)

#154 Overwogen zou kunnen worden een strafbepaling op te stellen die seksueel overschrijdend gedrag van de baas jegens niet-minderjarige werknemers direct strafbaar stelt. (O3)

#155 Overwogen zou kunnen worden het bestanddeel ‘ontucht plegen’ in art. 249 Sr zo te formuleren dat seksueel overschrijdend gedrag jegens ondergeschikten gemakkelijker onder art. 249 Sr gebracht kan worden. (R3)

#156 Overwogen zou kunnen worden de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het vereiste causale verband tussen de relatie en de seksuele handelingen als bijzondere strafuitsluitingsgrond aan art. 249 Sr toe te voegen. Het gaat daarbij om het volgen-

de criterium: 'dat bij wijze van uitzondering geen sprake is van "ontucht plegen" indien die relatie bij de seksuele handelingen geen rol speelt, in die zin dat bij de patiënt of cliënt sprake is van vrijwilligheid en daarbij enige vorm van afhankelijkheid, zoals die in de regel bij een dergelijke functionele relatie in meerdere of mindere mate bestaat, niet van invloed is geweest'.[65] (A4)

#157 Overwogen zou kunnen worden jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het vereiste causale verband tussen de relatie en de seksuele handelingen te codificeren in de delictsomschrijving van art. 249 Sr. Het gaat daarbij om het volgende criterium: 'dat bij wijze van uitzondering geen sprake is van "ontucht plegen" indien die relatie bij de seksuele handelingen geen rol speelt, in die zin dat bij de patiënt of cliënt sprake is van vrijwilligheid en daarbij enige vorm van afhankelijkheid, zoals die in de regel bij een dergelijke functionele relatie in meerdere of mindere mate bestaat, niet van invloed is geweest'.[66] (A5)

Ontucht met misbruik van gezag (algemeen)

#125H Overwogen zou kunnen worden de terminologie van art. 249 Sr aan te passen. Het verdient daarbij de voorkeur gebruik te maken van ruime, algemene begrippen. (O4; A3; R2; A5) (zie #69, #108, #108H, #122, #125, #144, #144H en #151)

#126H Overwogen zou kunnen worden een pendant van art. 249 Sr te creëren die betrekking heeft op seksueel binnendringen. (R2) (zie #126)

#127H Overwogen zou kunnen worden een strafverzwarende grond in art. 249 Sr op te nemen die betrekking heeft op het seksueel binnendringen van het lichaam. (R3) (zie #45, #127, #147 en #171)

#128H Overwogen zou kunnen worden art. 251 Sr jo. art. 28 Sr beter toe te spitsen op de zedentitel, in zoverre dat het tot de mogelijkheden gaat behoren iemand uit een kerkelijke functie te ontzetten indien hij zich heeft schuldig gemaakt aan een zedendelict terwijl dit niet in zijn functie is begaan. (O4) (zie #128)

65 Zie bijv. HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2630.
66 Zie bijv. HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2630.

3.5 Verkrachting en aanranding (art. 242 en 246 Sr)

Artikel 242 Sr
Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 246 Sr
Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

#158 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 242 Sr zo op te stellen dat duidelijker blijkt dat situaties waarin het seksueel binnendringen veroorzaakt is door factoren die zich op het moment van binnendringen niet manifesteren en die niet gepaard gaan met zichtbare weerstand onder het bereik van de bepaling vallen. (O1)

#159 Overwogen zou kunnen worden de in art. 242 en 246 Sr opgenomen dwangmiddelen uit die artikelen te verwijderen. (Lindenberg) (zie #160)

#160 Contra. Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of het in art. 242 Sr opgenomen bestanddeel 'een andere feitelijkheid' het artikel niet een te ruim bereik geeft. Voor zover de strafmaxima van andere delicten die tevens betrekking hebben op situaties die nu op kwestieuze gronden onder art. 242 Sr worden gebracht het niet toelaten een adequate straf op te leggen, zou overwogen kunnen worden die strafmaxima te verhogen. (A3) (zie #44, #135, #135H en #159)

#161 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 242 Sr toe te spitsen op het ontbreken van instemming. (O3; R4; RK; RK-doc)

#162 Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 242 Sr zo op te stellen dat meer aansluiting wordt gezocht bij het perspectief van het slachtoffer. Dat zou bijvoorbeeld gestalte kunnen krijgen door 'schuld' of 'roekeloosheid' in de delictsomschrijving op te nemen. (RK) (zie #163)

#163 Contra. Het verdient geen aanbeveling een culpose verkrachtingsbepaling te introduceren. (O3; R4) (zie #91 en #162)

#164 Overwogen zou kunnen worden het onverhoeds handelen dat nu door de jurisprudentie onder de bestanddelen 'dwingen' en 'ontuchtige handelingen' in art. 246 Sr wordt geschaard rechtstreeks in de wet te benoemen. Dat zou gestalte kunnen krijgen door een minder zware strafbepaling dan aanranding te creëren, die betrekking heeft op het onverhoeds onzedelijk betasten van een ander. (O3)

#165 Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor zowel verkrachting als aanranding. Aan deze delicten zouden dan strafverzwarende gronden, zoals leeftijd onder de twaalf jaar, leeftijd van twaalf tot zestien jaar, het ontstaan van lichamelijk letsel, het gepleegd zijn door verenigde personen of het maken van een gewoonte kunnen worden gekoppeld. (O5) (zie #47, #56, #56H, #107, #107H, #144, #144H, #145, #145H en #180)

#144H Overwogen zou kunnen worden basisdelicten te creëren voor enerzijds binnendringen en anderzijds overige seksuele handelingen. Deze basisdelicten zouden vervolgens gekoppeld kunnen worden aan diverse strafverzwarende gronden, zoals dwang bij wilsbekwamen, leeftijd, onmachtigheid, geweld, bedreiging met geweld of het aan iemands zorg toevertrouwd zijn. (A2) (zie #43, #69, #108, #108H, #122, #125, #125H, #144, #151 en #165)

#145H Bij het op voorgaande of andere wijze herzien van de wet zou overwogen kunnen worden de maximumstraf die gesteld wordt op het binnendringen bij een onmachtige op ten minste hetzelfde niveau als verkrachting te stellen. (A2) (zie #145 en #165)

#166 Overwogen zou kunnen worden een speciaal delict voor groepsverkrachting te creëren. Hierbij zou een maximumstraf van vijftien jaar op zijn plaats zijn. (A2)

#167 Overwogen zou kunnen worden de term 'ontuchtige handelingen' in art. 246 Sr te vervangen door de term 'seksuele handelingen'. (A4)

#168 Overwogen zou kunnen worden de vraag onder ogen te zien of het in art. 242 Sr opgenomen bestanddeel 'seksueel binnendringen van het lichaam' van een duidelijke definitie moet worden voorzien. (A5)

#169 Overwogen zou kunnen worden gevallen waarbij degene die seksueel binnendringt niet zelf de dwang heeft uitgeoefend onder het bereik van art. 242 Sr te brengen. (Notitie OM 2014; O1; NRM; R2) (zie #27)

#170 Overwogen zou kunnen worden geen geldboetes meer te stellen op de ernstigste misdrijven uit de zedentitel. (R2) (zie #188)

#171 Overwogen zou kunnen worden één basisartikel te maken dat betrekking heeft op aanranding. Het seksueel binnendringen zou dan mogelijk als aparte strafverzwarende grond in de wet kunnen worden opgenomen. (R3; Clara Wichmann Instituut) (zie #45, #127, #127H en #147)

#172 Overwogen zou kunnen worden het delict 'verkrachting' weer te redigeren als delict dat alleen tegen een vrouw kan worden gepleegd. Voor het overige zou er een gedifferentieerde bepaling inzake aanranding kunnen worden ontworpen. (Lünnemann)

#173 Overwogen zou kunnen worden de rechter, in elk geval met betrekking tot in de zedentitel opgenomen strafbepalingen, minder gebonden te maken aan de grondslag van de tenlastelegging. Dat zou in de eerste plaats tot gevolg dienen te hebben dat de rechter bij een vrijspraak van het ten laste gelegde delict een andere bepaling in de zedentitel kan bewezen verklaren, ook als deze niet is ten laste gelegd. Dat zou in de tweede plaats tot gevolg dienen te hebben dat het de rechter vrijstaat een feit dat op zichzelf beschouwd wel tot een bewezenverklaring van een zwaar feit zoals verkrachting zou kunnen leiden nochtans te kwalificeren als een lichter feit zoals aanranding. (R4)

#174 Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking expliciet in de zedentitel strafbaar te stellen. (Notitie OM 2014; O1; O2; A3; R2; Kooij) (zie #174H)

#175 Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking in schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) te incorporeren. (R2) (zie #175H)

#176 Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking onder de reikwijdte van art. 246 Sr te brengen. (RK) (zie #176H)

3.6 Strafverzwaringsgronden (art. 248 Sr)

Artikel 248 Sr

1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
7. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
8. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

#177 Overwogen zou kunnen worden art. 248 Sr te herzien. (Notitie OM 2014; O1; O2; O3; R2; RK)

#178 Overwogen zou kunnen worden art. 248 Sr op te heffen. (O3; O5; A3)

#179 Overwogen zou kunnen worden de maximumstraf die op bepaalde delicten is gesteld rechtstreeks in overeenstemming te brengen met Europese richtlijnen, in plaats van de vereiste maximumstraffen via een strafverzwarende grond te realiseren. (O3; A3)

#180 Overwogen zou kunnen worden de strafverzwarende gronden die nu in art. 248 Sr zijn opgenomen in te voegen bij een beperkt aantal te creëren basisdelicten. (O5) (zie #47, #56, #56H, #107, #107H en #165)

#181 Overwogen zou kunnen worden uitdrukkelijk in de wet vast te leggen op welke wijze strafverzwarende gronden en de verhoging als gevolg van samenloop van strafbare feiten de maximumstraf beinvloeden. (O2; A1; A2; R1; R2)

#182 Overwogen zou kunnen worden de samenloopregeling zo te herzien dat een hogere straf kan worden opgelegd dan het huidige maximum na samenloop. (A2)

#183 Overwogen zou kunnen worden psychisch letsel als strafverzwarende grond in de wet op te nemen. (A2)

#184 Overwogen zou kunnen worden een hogere maximumstraf dan nu het geval is te stellen op verkrachting hetgeen de dood ten gevolge heeft. (A2)

#185 Overwogen zou kunnen worden het gedwongen worden ontuchtige handelingen te plegen met een dier als strafverzwarende grond in de zedentitel op te nemen. (R2)

#135H Overwogen zou kunnen worden een apart delict te creëren voor de verkrachting van kinderen. (NRM) (zie #44, #135 en #160)

3.7 Overige zedendelicten (art. 239, 240, 252, 253, 254 en 254a Sr)

3.7.1 Schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr)

Artikel 239 Sr
Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:
1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;
2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar;
3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is.

#186 Overwogen zou kunnen worden art. 239 Sr tot een feit te bestempelen waarbij voorlopige hechtenis mogelijk is. Dat kan hetzij geschieden door de straf op art. 239 Sr te verhogen, hetzij door art.

239 Sr expliciet te noemen in art. 67 Sv. (Notitie OM 2014; O2; O3; O5; A2; R3)

#187 Overwogen zou kunnen worden de formulering van art. 239 Sr meer bij de tijd te brengen. (A2)

#102H Overwogen zou kunnen worden één artikel te creëren waaronder alle strafwaardige *hands off* gedragingen vallen. Daaronder zouden in elk geval de gedragingen die nu worden gebracht onder de artikelen 240a Sr, 248d Sr en 239 Sr kunnen worden gebracht. (O5) (zie #102)

#103H Overwogen zou kunnen worden opnieuw te doordenken tegen welke beelden en tot welke leeftijd jongeren beschermd dienen te worden. (O5) (zie #103)

#188 Overwogen zou kunnen worden art. 239 Sr in de achterste regionen van de zedentitel te plaatsen. (R2) (zie #100, #133 en #170)

#189 Overwogen zou kunnen worden art. 239 sub 3 Sr, hetgeen betrekking heeft op schennis van de eerbaarheid op een niet-openbare plaats, te schrappen. (A4)

#174H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking expliciet in de zedentitel strafbaar te stellen. (Notitie OM 2014; O1; O2; A3; R2; Kooij) (zie #174)

#175H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking in schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) te incorporeren. (R2) (zie #175)

#176H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking onder de reikwijdte van art. 246 Sr te brengen. (RK) (zie #176)

3.7.2 Pornografie (art. 240 Sr)

Artikel 240 Sr
Met gevangenisstraf van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat een afbeelding of voorwerp aanstotelijk voor de eerbaarheid is en die afbeelding of dat voorwerp:
1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd, openlijk tentoonstelt of aanbiedt;
2°. aan iemand, anders dan op diens verzoek, toezendt.

#190 Overwogen zou kunnen worden art. 240 Sr zo op te stellen dat meer gedragingen onder het bereik van de bepaling vallen. (O4)

#191 Overwogen zou kunnen worden art. 240 Sr te schrappen. (A3; A4; R2) (zie #94, #104 en #192)

#192 Contra. Het verdient geen aanbeveling art. 240 Sr te schrappen. (R1) (zie #191)

3.7.3 Bestialiteit en bestialiteitspornografie (art. 254 en 254a Sr)

Artikel 254 Sr
Hij die ontuchtige handelingen pleegt met een dier wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 254a Sr
1. Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding – of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding – van een ontuchtige handeling, waarbij een mens en een dier zijn betrokken of schijnbaar zijn betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in bezit heeft.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

#193 Overwogen zou kunnen worden de artikelen 254 en 254a Sr te schrappen. (A2; A3; A4) (zie #194)

#194 Het verdient geen aanbeveling de artikelen 254 en 254a Sr te schrappen. (O5; R1) (zie #193)

3.7.4 Toedienen van bedwelmende drank (art. 252 Sr) en kind afstaan voor bedelarij of gevaarlijke verrichtingen (art. 253 Sr)

Artikel 252 Sr
1. Met gevangenisstraf van ten hoogste negen maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft:
   1°. hij die aan iemand die in kennelijke staat van dronkenschap verkeert, bedwelmende drank verkoopt of toedient;
   2°. hij die een kind beneden de leeftijd van zestien jaren dronken maakt;
   3°. hij die iemand door geweld of bedreiging met geweld dwingt tot het gebruik van bedwelmende drank.

2. Indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
3. Indien het feit de dood ten gevolge heeft, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.
4. Indien de schuldige het misdrijf in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

Artikel 253 Sr
Hij die een onder zijn wettig gezag staand kind beneden de leeftijd van twaalf jaren aan een ander afstaat of overlaat, wetende dat het tot of bij het uitoefenen van bedelarij, van gevaarlijke kunstverrichtingen of van gevaarlijke of de gezondheid ondermijnende arbeid zal worden gebruikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.

#195 Overwogen zou kunnen worden de zedentitel uitsluitend te beperken tot delicten die betrekking hebben op de zedelijkheid in seksuele zin. Dat brengt mee dat bepaalde delicten, zoals het toedienen van bedwelmende drank (art. 252 Sr) uit de zedentitel zouden moeten worden gehaald. (O2; O3; O5; A2; A3; R2) (zie #131 en #132)

#196 Overwogen zou kunnen worden art. 253 Sr te schrappen. (O5; A3)

#197 Overwogen zou kunnen worden art. 253 Sr (afstaan van kind beneden de twaalf jaar voor bedelarij of gevaarlijke gedragingen) van toepassing te verklaren op kinderen onder de achttien jaar. (A2)

#198 Overwogen zou kunnen worden de gedragingen die vallen onder art. 252 Sr van een hogere strafbedreiging te voorzien. (A2)

3.8 Varia

3.8.1 Heimelijk filmen met een seksuele strekking

#174H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking expliciet in de zedentitel strafbaar te stellen. (Notitie OM 2014; O1; O2; A3; R2; Kooij) (zie #174)

#175H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking in schennis van de eerbaarheid (art. 239 Sr) te incorporeren. (R2) (zie #175)

#176H Overwogen zou kunnen worden heimelijk filmen met een seksuele strekking onder de reikwijdte van art. 246 Sr te brengen. (RK) (zie #176)

3.8.2 Seksueel getint communiceren met kinderen

#105H Overwogen zou kunnen worden de delictsomschrijving van art. 248e Sr zo aan te passen dat daaronder alle seksueel getinte communicatie valt die gericht is op seksuele handelingen met en door minderjarigen. Dat brengt mee dat het gehele traject van oneerbare voorstellen, seksueel getinte chats, webcamactiviteiten en op seksuele handelingen gerichte afspraken tot ontmoetingen onder de strafbaarstelling vallen. Daaruit volgt tevens dat het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' dient komen te vervallen. (Notitie OM 2014; O1; O2; O3; O4; O5; R2; NRM; NRM-doc) (zie #105, #118, #118H, #129 en #134)

#106H Indien het bestanddeel 'indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting' niet wordt verwijderd uit art. 248e Sr, dan zou overwogen kunnen worden het artikel te schrappen. (O4) (zie #106)

#107H Overwogen zou kunnen worden een nieuw geformuleerd groomingsartikel (zie #105) te koppelen aan strafverzwaringsgronden, zoals de door de dader voorgestelde leeftijd, het maken van een afspraak of het doen bewegen tot seksuele handelingen voor de webcam. De maximumstraf bij het stapelen van strafverzwaringsgronden zou van vergelijkbaar niveau moeten zijn als het delict verkrachting. (O5) (zie #47, #56, #56H, #107, #165 en #180)

#108H Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr te koppelen aan strafverzwaringsgronden, zoals het aan iemands zorg toevertrouwd zijn van de jeugdige of de omstandigheid dat iemand reeds eerder veroordeeld is wegens een zedendelict. (A2) (zie #69, #108, #122, #125, #125H, #144, #144H en #151)

#109H Overwogen zou kunnen worden het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr te koppelen aan de voorstelling van de dader. (Notitie OM 2014; O1; O2; O5; A5; R1; R2; R4; NRM; RK) (zie #109, #119 en #119H)

#110H Indien het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr wordt gekoppeld aan de voorstelling van de dader, dan zou overwogen kunnen worden de inzet van lokpubers voor te behouden aan officiële opsporingsinstanties. (NRM; NRM-doc) (zie #110)

#111H Overwogen zou kunnen worden chats tussen ouderen die gericht zijn op het plegen van ernstige zedendelicten met kinderen strafbaar te stellen. (O2) (zie #111)

#112H Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr ook betrekking te laten hebben op het voorstellen van een *digitale* ontmoeting met een ontuchtig karakter. (A2) (zie #112)

#113H Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr ook betrekking te laten hebben op een ontmoetingsvoorstel dat niet plaatsvindt door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst. (A2; NRM) (zie #113)

#114H De wetgever zou in overweging kunnen nemen zich uit te laten over de vraag of een poging tot het plegen van art. 248e Sr strafbaar is. (Notitie OM 2014; O4; R3) (zie #114)

#115H Overwogen zou kunnen worden de leeftijdsgrens van art. 248e Sr op achttien jaar te stellen. (O1; R2) (zie #115)

#117H Overwogen zou kunnen worden art. 248e Sr af te schaffen. (A3) (zie #117)

#118H Contra. Het verdient geen aanbeveling de strafbare gedraging in art. 248e Sr nog verder naar voren te halen. (A1; A2; R1; R5; RK) (zie #105, #105H en #118)

#119H Contra. Het verdient geen aanbeveling het leeftijdsvereiste in art. 248e Sr te koppelen aan de voorstelling van de dader. (A1; A2; A4) (zie #109, #109H en #119)

Hoofdstuk 4
Evaluatie

K. Lindenberg

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 en 3 stonden de volgende onderzoeksvragen centraal:

> *Onderzoeksvraag 1*
> Welke bijzonderheden kunnen worden opgemerkt over de zedendelicten met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling? (hoofdstuk 2)
>
> *Onderzoeksvraag 2*
> Welke herzieningssuggesties met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling blijken uit interviews met juristen? (hoofdstuk 3)
>
> *Onderzoeksvraag 3*
> Welke herzieningssuggesties met betrekking tot samenhang, complexiteit en normstelling blijken uit de literatuur vanaf 1999? (hoofdstuk 3)

Thans ligt de slotvraag voor:

> *Onderzoeksvraag 4*
> Geeft de beantwoording van de eerdere vragen aanleiding tot de conclusie dat de zedentitel grondig moet worden herzien?

In de volgende paragrafen worden de vraagstukken geëvalueerd die in ongunstige zin het sterkste effect lijken te hebben op de samenhang, complexiteit en normstelling in de zedentitel. Vanwege de hoeveelheid van de daarbij betrokken delicten en dwarsverbanden, wordt waar nodig uitvoerig teruggegrepen op de analyses uit hoofdstuk 2.

Allereerst wordt ingegaan op de wetsstructuur (4.2) en het gemengde karakter en opschrift van Titel XIV (4.3). Vervolgens wordt stilgestaan bij de bevindingen met betrekking tot het belangrijke bestanddeel 'ontucht' en de context waarin dit bestanddeel functioneert (4.4). Daarna worden de vraagstukken besproken die verband houden met de seksuele delicten tegen jeugdigen, de grootste delictscategorie in de zedentitel (4.5). De evaluatie wordt afgesloten met een beoordeling van de strafverzwaringsgronden (4.5). Ten slotte volgen de conclusies die in onze ogen aan deze evaluatie moeten worden verbonden (4.6).

4.2 Wetsstructuur

De huidige wetsstructuur is in de kern nog dezelfde als die in 1886. Dat hoeft op zichzelf geen bezwaar te zijn, maar de wetgever heeft destijds de gekozen

structuur niet of nauwelijks toegelicht, terwijl de doelstelling van de structuur zich niet makkelijk laat raden.[1] In de loop der jaren is bovendien aan de zedentitel veel gesleuteld, onttrokken en toegevoegd, en kon vanwege de lastige basisstructuur niet altijd een zinnige plaats voor nieuwe delicten worden gevonden. Typerend voor deze ontwikkeling is de positie van art. 248 Sr, dat de strafverzwaringsgronden bevat en de laatste tien jaar exponentieel is gegroeid. Tussen 1886 en 2005 gingen de grondfeiten die aan art. 248 Sr waren verbonden aan dat artikel vooraf, iets wat bij een bepaling met strafverzwaringsgronden ook mag worden verwacht. Maar inmiddels zijn ook na art. 248 Sr veel delictsomschrijvingen ingevoegd en is art. 248 Sr daarop eveneens van toepassing verklaard. Daardoor staat art. 248 Sr nu ongeveer in het midden van de reeks grondfeiten waarop het betrekking heeft. De toepasselijkheid van art. 248 Sr wordt echter niet bij de grondfeiten vermeld; zij blijkt alleen uit art. 248 Sr zelf.

Dat de wetsstructuur op zichzelf al veel vragen oproept, lijkt vooral te wijten aan het feit dat de wetsgebruiker doorgaans op zoek is naar een andere structuur dan die in de wet wordt geboden. De gezochte structuren houden verband met thema's als zedendelicten tegen jeugdigen, zedendelicten tegen afhankelijken, zedendelicten tegen fysiek of geestelijk onmachtigen en zedendelicten door middel van dwang. In de geboden structuur – dat wil zeggen: in de volgorde van de bepalingen – zijn deze thema's echter niet of nauwelijks bijeengebracht. Om een indruk te krijgen van seksuele delicten tegen jeugdigen moet bijvoorbeeld worden gekeken naar art. 240a, 240b, 244, 245, 247, 248a, 248b, 248c, 248d, 248e, 249 lid 1 en 250 Sr, terwijl daartussenin veel andersoortige bepalingen hun plaats hebben. Het is ook om deze reden dat in diverse studies over de zedendelicten een indeling wordt aangehouden die sterk afwijkt van de wettelijke indeling. Ook in deze studie is dat gedaan (zie hierover paragraaf 2.2.3).

Bezien vanuit de zojuist genoemde thema's hebben sommige bepalingen ook een meervoudige interne structuur, zoals art. 247 Sr. Dit artikel bevat in één volzin drie uiteenlopende delicten: het plegen van ontuchtige handelingen met een fysiek of geestelijk onmachtige, het plegen van ontuchtige handelingen met een persoon jonger dan zestien jaar en het verleiden van een persoon jonger dan zestien jaar tot het plegen van ontuchtige handelingen met een derde. Is sprake van een seksueel binnendringen, dan hanteert de wet voor deze categorieën evenwel een ander systeem: voor het seksueel binnendringen bij een fysiek of geestelijk onmachtige geldt art. 243, voor het seksueel binnendringen bij een persoon jonger dan twaalf jaar geldt art. 244, en voor het seksueel binnendringen bij een persoon tussen de twaalf en de zestien jaar geldt art. 245 Sr.[2] Voor het verleiden van een persoon jonger dan zestien jaar

---

1 Vgl. de opmerkingen van Kamerlid Van Houten bij de totstandkoming van Titel XIV (Smidt II, p. 292, 310-312, 321-322) en voorts Van Bemmelen 1961, p. 235 e.v; Van Bemmelen 1967, p. 172-173.

2 Hierbij zij aangetekend dat, ten eerste, voor art. 245 Sr dient vast te staan dat het seksueel binnendringen tevens ontuchtig is en dat, ten tweede, dit systeem in het algemeen niet

tot het plegen of dulden van een seksueel binnendringen bestaat geen aparte regeling.[3]

De ingewikkelde structuur van art. 247 Sr was ook al opgevallen bij de wijziging van de zware zedendelicten in 1991, maar toen achtte de minister het uitsplitsen van art. 247 Sr iets wat beter tijdens een breder herzieningstraject zou kunnen plaatsvinden.[4] Uit de voor deze studie gehouden interviews blijkt voorts dat art. 247 Sr in de praktijk soms als lastig wordt ervaren. Een aantal respondenten verklaarde er uiteindelijk wel mee uit de voeten te kunnen, maar anderen toonden zich stellig voorstander van een thematische scheiding.[5] 'Hoe langer ik met art. 247 werk, hoe onduidelijker ik hem vind', stelde een van de officieren van justitie.[6] Hierbij dient te worden aangetekend dat de complexiteit van art. 247 Sr niet alleen wordt veroorzaakt door zijn meervoudige samenstelling en zijn relatie tot andere delictsomschrijvingen, maar ook door de formulering van de afzonderlijke delicten in het artikel. Dadelijk wordt daarop nader ingegaan.

Het ontbreken van bruikbare samenhang in de wetsstructuur komt in het bijzonder tot uiting wanneer de wet vanuit een concreet geval wordt geraadpleegd. Dit komt hieronder nog veelvuldig aan de orde bij de bespreking van de meer specifieke vraagstukken. Op deze plaats wordt hierop alvast een voorschot genomen met een representatief voorbeeld.

Het geval dat een verdachte zijn naakte geslachtsdeel aan een jeugdige toont via een webcamverbinding, kan in beginsel in verband worden gebracht met een groot aantal zedendelicten. Afhankelijk van de omstandigheden kan worden gedacht aan art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), art. 240a Sr (het vertonen van schadelijke afbeeldingen aan een jeugdige), art. 246 Sr (aanranding), art. 247 Sr (hier, kort gezegd: ontucht plegen met een jeugdige), art. 248a Sr (uitlokken van ontucht) en art. 248d Sr (een jeugdige getuige laten zijn van seksuele handelingen). Dat juist deze reeks delicten in beeld komt blijkt niet direct uit de wettekst, maar zou kunnen worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak.

Hierbij treedt echter een moeilijkheid op: voor de gebruiker van de wet valt mogelijk toch weer een groot aantal delicten op juridische gronden af, afhankelijk van zijn eigen afwegingen. Over de onderhavige delicten lijken de wetsgeschiedenis en de rechtspraak elkaar namelijk dikwijls tegen te spreken, en ook rechters verschillen onderling sterk van mening over de toepasbaarheid van enkele van de genoemde delicten op de gegeven casus. Over deze details volgt later meer.

Voor nu is het van belang op te merken dat de juridische complexiteit van deze casus begint bij de wetsstructuur. Dat is voor een gedeelte natuurlijk

wegneemt dat in het concrete geval ook kan worden gekozen voor vervolging op grond van de lichtere bepaling waarin alleen sprake is van 'ontuchtige handelingen'.

3 Zie voor de historische verklaring van deze verschillen: paragraaf 2.4.2.2.

4 *Handelingen II*, 18 oktober 1990, p. 606-607. Zie voorts p. 41 van deze studie.

5 Zie de interviewfragmenten bij herzieningssuggestie #36 (hoofdstuk 3).

6 Zie p. 339.

onvermijdelijk. Zelfs in landen waar een duidelijke thematische scheiding van zedendelicten bestaat, zoals in Engeland, doen zich regelmatig gevallen voor die in beginsel onder meerdere thema's (en dus onder meerdere typen delictsgroepen) te brengen zijn.[7] Ook bij een integrale reorganisatie van de Nederlandse zedentitel zou de casus dus nog steeds onder twee categorieën kunnen vallen, bijvoorbeeld onder de zedendelicten tegen jeugdigen en onder de zedendelicten door middel van dwang. Op dit moment wordt de zoektocht echter in het geheel niet door een zichtbare categorie vooruitgeholpen. Zoals blijkt moet voor de casus worden geput uit verschillende plaatsen van de zedentitel, beginnend bij art. 239 Sr en eindigend bij art. 248d Sr.

Tegen deze achtergrond achten wij het niet verrassend dat een van de officieren van justitie tijdens een interview voor deze studie overwoog: 'De zedentitel is zo ingewikkeld, dat iemand die twaalf jaar zedenzaken doet bij het OM nog steeds elke keer in de wet moet kijken om te zien wat het ook al weer is'.[8] Voorstelbaar is inderdaad dat de wetsstructuur met name de officieren van justitie voor uitdagingen stelt, omdat zij telkens een koppeling moeten maken tussen de feiten en de in aanmerking komende strafrechtelijke kwalificaties. Interessant is daarbij wel, dat zedenofficieren in sommige gevallen ook het gevoel lijken te hebben dat de zedenbepalingen hun juist te veel keuzeruimte bieden in plaats van te weinig, en dat binnen die keuzeruimte niet goed te bepalen is wat het beste past.[9] Dat zou ook kunnen wijzen op problemen met betrekking tot de scherpte van de normstellingen in de zedentitel, op welke kwestie later wordt teruggekomen.

Ook respondenten uit andere beroepsgroepen lieten zich kritisch uit over de wetsstructuur. Zo stelde een rechter: 'Het blijven ingewikkelde constructies zoals ze nu uitgesplitst staan. En ik hoor dat van meer collega's. Het is eigenlijk iets waar je elke keer het wetboek er weer bij moet pakken. Hoe zat het nou ook al weer?'.[10] Ook hierbij past de kanttekening dat deze opmerkingen lijken te zijn gemaakt in verband met zowel de positionering als de inhoud van de bepalingen. Dit neemt echter niet weg dat alleen al de positionering van de verschillende bepalingen naar onze indruk wezenlijk eraan bijdraagt dat de zedendelicten als erg ingewikkeld worden ervaren door mensen die ermee moeten werken[11] en dat de positionering sterk afbreuk doet aan de kenbaarheid van de normen in Titel XIV. Dat raakt vanzelfsprekend ook de burger.

---

7 Zie de daar geldende *Sexual Offences Act 2003*, dat overzichtelijk is ingedeeld in 'sections'. Met betrekking tot zich voordoende overlappingen, zie bijvoorbeeld Blackstone 2004, p. 78-79.
8 Zie p. 339.
9 Dit komt met name in de wetgevingsnotitie van de drie officieren van justitie naar voren; zie bijlage 3.
10 Zie p. 355.
11 Deze indruk is niet alleen gebaseerd op onze eigen ervaringen en op de interviews die voor deze studie zijn gehouden, maar ook op de vele gesprekken die over zedendelicten zijn gevoerd bij diverse gelegenheden binnen en buiten het kader van deze studie.

4.3 Gemengd karakter en opschrift van Titel XIV

Dat iets een zedendelict is, wil strikt genomen nog niet zeggen dat het gaat om een delict met een seksuele strekking. In Titel XIV, Boek 2 van het Wetboek van Strafrecht, met het opschrift 'misdrijven tegen de zeden', zijn sinds 1886 ook bepalingen opgenomen die met seksualiteit niets te maken hadden, zoals het huidige art. 252 en art. 253 Sr. Kort gezegd beschermen deze twee bepalingen tegen het toedienen van drank aan kinderen of dronken volwassenen (art. 252 Sr) en tegen het deelnemen van kinderen aan bedelarij of gevaarlijke verrichtingen (art. 253 Sr). Het gemengde karakter van de titel bracht de toenmalige wetgever tot de overweging dat Titel XIV niet alleen de 'goede zeden' en de 'eerbaarheid' omvat (bedoeld als begrippen met een seksuele strekking), maar de 'zedelijkheid in meer algemeenen zin'.[12]

In de jaren '80 van de vorige eeuw werd aangekondigd de toen aanhangige herziening van de zedendelicten aan te grijpen om het opschrift van Titel XIV te wijzigen in 'misdrijven tegen de seksuele integriteit'.[13] Toen uiteindelijk slechts werd gekozen voor een betrekkelijk beperkte herziening (die in 1991 in werking trad), is daarvan afgezien.[14]

Uit de interviews (paragraaf 3.7.4) komt naar voren dat menig respondent van mening is dat de zedendelicten zouden moeten worden beperkt tot delicten met een seksueel karakter. Het gemengde karakter zou vertroebelend werken, zo wordt onder meer opgemerkt.[15] Het eigen onderzoek in hoofdstuk 2 bevat weinig aanleiding hieraan een stellige opvatting onzerzijds toe te voegen. Wel merken wij in dit verband het volgende op.

Wijzelf zien niet zozeer een probleem gelegen in de uiteenlopende inhoud van Titel XIV, maar vooral in de manier waarop die uiteenlopende inhoud is gegroepeerd. Dit is in de vorige paragraaf aan bod gekomen. Natuurlijk mag worden verondersteld dat de kwalificatie 'zedendelict' in het huidige tijdsgewricht een zware kwalificatie is. Dit zou erop kunnen wijzen dat voorzichtig moet worden omgesprongen met de inhoud van de zedentitel. Dat het schenken van alcohol aan iemand die kennelijk al dronken is, een 'zedendelict' oplevert (art. 252 Sr), mag in dit verband weinig proportioneel worden genoemd. De vraag is echter of de verdachte en andere betrokkenen hier ooit zouden merken dat formeel gezien een zedendelict is begaan. Op een Verklaring Omtrent het Gedrag heeft dit zedendelict geen bijzondere invloed (alleen art. 240b-250 Sr zorgen voor een verzwaard regime).[16] Het enkele afwijkende of lichte karakter van een delict lijkt in dat opzicht nog geen noodzaak voor verwijdering uit de zedentitel mee te brengen. Hierbij kan tevens in herinne-

12 Zie Smidt II, p. 278-279.

13 *Handelingen II* 1986/97, 2 april 1987, p. 66-3494.

14 Zie hierover Swildens-Rozendaal 1995, p. 83. De beperkingen van de herziening zijn besproken in paragraaf 1.1.

15 Zie p. 510.

16 Zie paragraaf 3.1 van de Beleidsregels 2013 voor het beoordelen van aanvragen ter verkrijging van een verklaring omtrent het gedrag van natuurlijke personen en rechtspersonen (*Stcrt.* 2013, 5409).

ring worden geroepen dat door sommige strafrechtjuristen is bepleit de misdrijven zoals verwoord in art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid) en art. 240 Sr (pornografie) te verplaatsen naar de overtredingen, terwijl anderen zich daartegen verzetten.[17] Er is dus voortdurend discussie geweest over de plaatsing van de (door sommigen beschouwd als de) afwijkende en lichtere delicten in de zedentitel, zonder dat voor de ene opvatting evident sterkere argumenten bestaan dan voor de andere.

Een argument vóór verwijdering van de niet-seksuele delicten ligt in ieder geval hierin, dat dit de weg zou vrijmaken voor een moderner opschrift van Titel XIV. Ook al zal de term 'zedendelict' in de volksmond en de rechtspraktijk vermoedelijk niet verdwijnen – en dat lijkt niet erg – zou met een nieuw opschrift beter tot uitdrukking kunnen worden gebracht dat van overheidswege de nadruk bij de seksuele delicten niet wordt gelegd op de bescherming van de moraliteit en de 'goede zeden', maar op de bescherming van het individu tegen schade in een seksuele context.[18] Dat zou ook de uitleg van het bestanddeel 'ontucht' ten goede kunnen komen (daarover dadelijk meer, in paragraaf 4.4.2). Een opschrift als 'misdrijven tegen de seksuele integriteit' drukt dit accent immers aanzienlijk beter uit dan 'misdrijven tegen de zeden'.[19] Over het opschrift 'misdrijven tegen de zeden' is al eerder door zowel Van Bemmelen als Melai opgemerkt dat dit door de ruime invulling van het begrip 'zeden' eigenlijk niet meer betekent dan iets als 'misdrijven tegen de waarden'.[20]

---

17 Zie p. 34.

18 Vgl. paragraaf 2.3.4.

19 Overigens zijn er niet veel opschriften denkbaar die volledig recht kunnen doen aan alle in Titel XIV betrokken 'seksuele rechtsgoederen'. Hoewel deze rechtsgoederen allemaal met seksualiteit te maken hebben, zijn er duidelijke verschillen aan te wijzen (deze verschillen zijn nader besproken in paragraaf 2.2.3). Zo is evident dat art. 242 en 246 Sr (verkrachting en aanranding) de 'seksuele zelfbeschikking' beschermen, maar dat voor bescherming van dit rechtsgoed maar beperkt plaats is bij de seksuele delicten tegen jeugdigen. Die strafbaarstellingen beogen jeugdigen immers in de regel ook te beschermen tegen de verleiding die van henzelf kan uitgaan. Het gaat dus vooral om de bescherming van hun (extern gedefinieerde) seksuele integriteit, soms ten koste van hun seksuele zelfbeschikking. Illustratief is dat in Duitsland, waar al in de jaren '70 van de vorige eeuw is gekozen voor de verandering van het titelopschrift *'Straftaten gegen die Sittlichkeit'* in *'Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung'*, moet worden toegegeven dat dit nieuwe opschrift de lading niet helemaal dekt (zie hierover Gössel 2005, p. 10-11, met verwijzingen). Voorts kan worden gewezen op art. 239 en 240 Sr (schennis van de eerbaarheid en pornografie), die in essentie niet het individu beschermen, maar de gemeenschap; de openbare orde is een wezenlijk onderdeel van het beschermde rechtsgoed. In zoverre richten deze bepalingen zich niet direct op de bescherming van de 'seksuele integriteit' of de 'seksuele zelfbeschikking'. Alleen de meer generieke aanduiding 'seksuele misdrijven' lijkt aldus de verschillende relevante rechtsgoederen te kunnen omvatten.

20 Zie Van Bemmelen/Van Hattum 1954, p. 443 en Melai 1981, p. 26-27.

4.4 'Ontucht'

4.4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is uitvoerig ingegaan op het begrip 'ontucht', het kernpunt van een belangrijk deel van de zedenwetgeving. Het begrip is opgenomen in art. 245, 246, 247, 248a, 248b, 248c, 248d, 248e, 248f, 249, 250, 254 en 254a Sr (als 'ontucht', 'ontuchtig' of 'ontuchtige handelingen'). Bij de bespreking in hoofdstuk 2 zijn drie vraagstukken de revue gepasseerd die ook in deze evaluatie de aandacht verdienen en die hieronder achtereenvolgend aan bod zullen komen.

Ten eerste gaat het om de complexe inhoud van het begrip zelf. Ten tweede wordt gekeken naar de omstandigheid dat het bestanddeel 'ontucht' (in een van zijn varianten) in de ene bepaling niet is opgenomen en in de andere bepaling wel. Daarvoor bestaat niet altijd een logische verklaring. Ten derde wordt teruggeblikt op het ingewikkelde vraagstuk over de verschillende gedragingsvormen die aan het ontuchtbegrip zijn gekoppeld. Soms is het ontuchtbegrip toegespitst op een gedraging van de dader (bijvoorbeeld '*hij* die ontucht *pleegt* ...'), maar soms ook op een gedraging van het slachtoffer (bijvoorbeeld 'hij die ... *iemand* dwingt tot het *plegen* of *dulden* van ontuchtige handelingen). De hierbij gehanteerde systematiek lijkt ook bepaalde implicaties te bevatten voor de reikwijdte van de betreffende bepalingen. Voorts wordt bij de gedragingsvormen die aan het ontuchtbegrip zijn gekoppeld, soms wel een voorzetsel gebruikt ('hij die ontucht pleegt *met*') en soms niet. Ook deze systematiek bevat mogelijk implicaties, in het bijzonder voor de vraag of ook zonder lichamelijk contact sprake kan zijn van het betreffende misdrijf.

4.4.2 Inhoud van het begrip 'ontucht'

In paragraaf 2.3.2-2.3.4 is onderzocht welke inhoud de wetgever en rechter aan het begrip 'ontucht' hebben gegeven. De resultaten daarvan leveren een tweeledig beeld op.

Enerzijds blijkt goed dat het begrip 'ontuchtige handeling', in relatie tot het begrip 'seksuele handeling', aanzienlijk meer ruimte laat voor de rechter het zelfbeschikkingsrecht van de betrokkenen te laten zegevieren waar dat aangewezen wordt geacht. In het bijzonder kan hier worden gedacht aan seksuele handelingen tussen jeugdigen onderling. Een wettelijk systeem dat het begrip 'seksuele handelingen' als uitgangspunt hanteert in plaats van 'ontuchtige handelingen', maakt jeugdigen jonger dan zestien jaar (dus personen die nog niet seksueel meerderjarig zijn)[21] nagenoeg seksueel onaantastbaar en beperkt hun seksuele vrijheid dus in sterke mate. Het huidige systeem maakt daarentegen maatwerk mogelijk. De rechter kan op grond van alle omstandig-

[21] Zie over de leeftijdsgrenzen paragraaf 2.4.2 en 4.5.3.

heden van het geval beoordelen of de seksuele handelingen als ontuchtig moeten worden beschouwd.

Anderzijds lijkt het erop dat deze rechterlijke beoordelingsvrijheid thans ook een aanzienlijke prijs heeft op het gebied van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. De beoordelingsvrijheid van de rechter is niet alleen ruim vanwege de abstracte wetsterm 'ontucht', maar ook omdat de wetsgeschiedenis en rechtspraak naar onze indruk geen criteria hebben voortgebracht die eenduidig richting geven in veelvoorkomende situaties, zoals het seksuele verkeer tussen jeugdigen onderling. Dit zal nu worden toegelicht.

Bij de herziening in 1991 is in het kader van zedendelicten tegen jeugdigen een algemene definitie van 'ontuchtig' aangereikt: het gaat om handelingen die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. In dat kader werd veel gewicht toegekend aan het beschermingsbeginsel (ten opzichte van het vrijheidsbeginsel), maar is tegelijkertijd tot uitdrukking gebracht dat niet van ontucht kan worden gesproken bij normaal, consensueel seksueel verkeer tussen jeugdigen waartussen een 'gering leeftijdsverschil' bestaat. Deze factoren – normaal seksueel verkeer, consensualiteit en een gering leeftijdsverschil – zijn daarna door de rechtspraak opgepakt en leidend gemaakt bij de beoordeling van 'de sociaal ethische norm' in deze context.

Enigszins verwarrend is dat later, bij de wijziging van de zedendelicten in 2002, door de wetgever andere bewoordingen zijn gebruikt bij de duiding van het ontuchtbegrip. Volgens de minister kon bij vrijwillige seks pas sprake zijn van ontucht wanneer de ander 'aanmerkelijk ouder' was dan de jeugdige. Tevens stelde de minister herhaaldelijk dat seksueel verkeer 'tussen adolescenten die daarvoor vrijelijk hebben gekozen', geen ontucht oplevert. Dit gold ook voor 'seksueel verkeer tussen een jonge meerderjarige, met een 15-jarige'. En, hoewel seksueel verkeer tussen 'een wat oudere meerderjarige en een 15-jarige' in de regel zal kunnen worden aangemerkt als ontucht, achtte de minister omstandigheden denkbaar waaronder dat niet het geval zou zijn. Deze overwegingen lijken meer gewicht toe te kennen aan het vrijheidsbeginsel dan het geval was in 1991.

Opmerkelijk is dat deze overwegingen in de wetsgeschiedenis van de wijzigingen in 2002, nauwelijks een rol zijn gaan spelen in de rechtspraak. Ook na 2002 is zowel de Hoge Raad als de feitenrechter blijven teruggrijpen op de wetsgeschiedenis van 1991. Bij de waardering van het leeftijdsverschil wordt dan ook in de regel gelet op de vraag of het leeftijdsverschil nog als 'gering' is aan te merken. Daarbij laat de feitenrechtspraak zich ook niet eenvoudig vangen in algemene regels, zo bleek uit een inventarisatie van die rechtspraak.

In sommige zaken is het verschil tussen 12 jaar (de leeftijd van het slachtoffer, een term die hier gemakshalve wordt gebruikt) en 15 jaar (de

leeftijd van de verdachte) niet als 'gering leeftijdsverschil' aangemerkt[22], terwijl dat in andere zaken wel als zodanig is bestempeld[23]. Zelfs over het verschil tussen 12 jaar en 16 jaar wordt verschillend gedacht.[24] Eveneens bestaan uiteenlopende uitspraken over het verschil tussen 13 jaar en 16 jaar[25], en over het verschil tussen 15 jaar en 18 jaar[26]. Voorts zijn in de bestudeerde rechtspraak de verschillen tussen 14 jaar en 17 jaar allemaal als 'gering' beoordeeld[27], maar haalden de verschillen tussen 14 jaar en 18 jaar de kwalificatie 'gering' niet[28]. Evenmin werd het verschil tussen 15 jaar en 20 jaar 'gering' geacht.[29]

In hoofdstuk 2 is bij deze weergave erop gewezen dat hier voor een deel waarschijnlijk appels met peren worden vergeleken. Soms worden bij de beoordeling van het leeftijdsverschil ('gering' of niet?) namelijk ook andere factoren betrokken, zoals ontwikkelingsfasen, cognitieve fasen, schooltypen (nog net basisschool of al middelbare school?), het bestaan van een affectieve relatie, en ten slotte de aard van de seksuele handelingen.[30] Hoeveel van deze factoren worden betrokken en in welke mate, is niet altijd even zichtbaar. In zoverre kan de beoordeling van het leeftijdsverschil het startpunt betreffen

22 Rb. Rotterdam 1 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10848 en ECLI:NL:RBROT:2014:10849. De rechtbank woog hier de levensfasen mee, waarbij van betekenis werd geacht dat het slachtoffer nog op de basisschool zat en de verdachten al naar de middelbare school ging.

23 Rb. Overijssel 11 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1407 (bij deze waardering lijkt te hebben meegespeeld dat van een groeiende liefdesrelatie sprake was en dat het jongere meisje tegen de verdachte had gezegd dat ze veertien jaar was) en Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3794 (het feit dat het hier ging om verregaande seksuele handelingen met meerdere jongens direct na elkaar, deed aan dit oordeel niet af).

24 Dit verschil vormde in Rb. Dordrecht 26 juni 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX0020 geen obstakel. Omdat bovendien sprake was van vrijwilligheid leidde dit tot vrijspraak, met uitzondering van één incident waarbij sprake was van een trio. Dit laatste vond de rechtbank ondanks de aangenomen vrijwilligheid toch ontuchtig. Het verschil tussen 12 jaar en 16 jaar werd niet gering (genoeg) geacht in Rb. Dordrecht 26 juni 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX0042, ook al was het twaalfjarige meisje – zo overweegt de rechtbank – rijp voor haar leeftijd. Opvallend is dat deze twee uitspraken op dezelfde dag zijn gewezen door dezelfde kamer. Het verschil lijkt hierin te zitten dat de rechtbank in de onderhavige context veel gewicht hechtte aan de vraag of sprake was van een affectieve relatie, hetgeen wel in de eerste, maar niet in de tweede zaak werd aangenomen.

25 Dit verschil werd niet problematisch geacht in Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:330 (i.c. 13 jaar en 10 maanden versus 16 jaar en 1 maand, zoals het hof uitdrukkelijk overwoog), maar wel in Rb. Groningen 21 december 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BC0859

26 Dit verschil werd niet problematisch geacht in Rb. Zutphen 4 april 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM3174 (i.c. bijna 16 jaar en bijna 19 jaar, zoals de rechtbank uitdrukkelijk overwoog), maar wel in Rb. 's-Gravenhage 7 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM3656.

27 Hof 's-Gravenhage 21 november 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB9138; Rb. Zwolle-Lelystad 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU3284.

28 Rb. Midden-Nederland 5 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2825; Rb. Limburg 25 maart 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:2757; Rb. Gelderland 22 april 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2698.

29 Rb. Breda 8 juli 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BD6502; Rb. Zutphen 1 april 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BH9355.

30 Zie voor enkele voorbeelden de bijzonderheden genoemd in voetnoot 49 e.v. van hoofdstuk 2.

van verdere beoordeling, maar ook een zekere 'totaalbeoordeling'. Uit het enkele feit dat het leeftijdsverschil anders wordt gewogen, kan dus nog niet worden afgeleid dat de zaken in de raadkamer wezenlijk anders zijn gewaardeerd. In ieder geval wordt hierdoor des te meer duidelijk dat de strafbaarheid van vrijwillige seks tussen jongeren, zich moeilijk laat voorspellen. Ook kunnen hier en daar betrekkelijk concrete verschillen worden aangewezen, zoals bij de waardering van de aard van de seksuele handelingen: de ene rechter kijkt duidelijk anders aan tegen de vraag aan wat 'normale', leeftijdsadequate seksuele handelingen zijn dan de andere rechter. Er zijn ruimdenkende opvattingen aan te wijzen[31], maar ook terughoudende[32], terwijl die opvattingen doorslaggevend lijken te zijn geweest voor de uitkomst van de betreffende strafzaak. Complicerend is ook dat in deze context niet duidelijk is of de rechter zich louter mag laten leiden door zijn inschatting van de schadelijkheid van de gedraging voor de jeugdige, of ook door een zekere moraliteit, dat wil zeggen: door 'de goede zeden'.

In de voor deze studie gehouden interviews komen in dit kader uiteenlopende visies naar voren.[33]

Met betrekking tot de beoordeling van de schadelijkheid van gedragingen voor jeugdigen, kan worden gewezen op de opmerkingen van een rechter over art. 240a Sr (kort gezegd: het vertonen van afbeeldingen aan personen jonger dan zestien jaar, welke afbeeldingen voor hen schadelijk zijn te achten). Weliswaar is in art. 240a Sr niet het bestanddeel 'ontucht' opgenomen, maar een duidelijke parallel is wel aan te wijzen: of vrijwillige seks met iemand jonger dan zestien jaar 'ontuchtig' is, kan mede in de sleutel worden gezet van de vraag of die seks 'schadelijk' kan worden geacht voor een bepaalde leeftijdsgroep. De rechter merkte over de beoordeling van de schadelijkheid het volgende op:

> *'Rechter 2*
> Het bestanddeel 'schadelijk te achten voor een persoon beneden de leeftijd van zestien' daar kan je helemaal niks mee. Hoe zou je nou kunnen bepalen dat de vertoning schadelijk is voor iemand beneden de vijftien, maar niet voor iemand beneden de zestien? Dat is zo'n willekeur. Ik zou slecht weten hoe ik dat moet bewijzen, tenzij het overduidelijk is. En wat is schadelijk voor iemand beneden de zestien? Misschien moet je aansluiting zoeken bij andere afbeeldingen waarvan je zaken strafbaar stelt, dus bijvoorbeeld seksuele gedragingen zoals 240b of seksueel getinte gedragingen, maar maak dat wat concreter. Ik vind het net als met 'kennelijk jonger dan achttien' op een foto; dat kan ik echt niet zeggen. Hoe kan ik nu weten wat schadelijk is te achten? In zijn algemeenheid weet ik dat natuurlijk wel, maar 'beneden de leeftijd van zestien' vind ik te weinig concreet. Dat moet meer ingevuld worden.'

---

31 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3794 en Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:330.

32 Zie bijvoorbeeld HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer en de daarin besloten liggende uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch .

33 Zie voor de hier geciteerde interviewfragmenten: suggestie #33 en suggestie #131 in hoofdstuk 3.

De volgende overweging van een andere rechter lijkt hiertegen af te steken. De indruk ontstaat dat het bestanddeel 'ontucht' hier over het algemeen positief wordt gewaardeerd:

> *'Rechter 1*
> Wat ontuchtig is, dat vind ik netjes gedaan. Daar hebben we hele oude rechtspraak over die helder is. Je zet het af tegen wat gebruikelijk is. Je zou je nog kunnen afvragen: moet je dat naar de groep toe waar het zich afspeelt doen? Ik denk dat de algemene heersende normen bepalend zijn en niet een heel extreem conservatief c.q. extreem liberalistisch genootschap. De algemeen geldende normen zijn gewoon dat je van elkaar afblijft; dat je de grenzen in beginsel respecteert. En dat het ingewikkeld wordt als een jongen van zeventien met een meisje van vijftien iets doet. Maar goed, dat heeft zich allemaal opgelost in de praktijk. Het is moeilijker om het helderder te maken. Op het moment dat je echt vindt dat de huidige rechtspraktijk op dit punt niet voldoende is, dan denk ik dat het aan de wetgever is.'

Ten slotte komen de voetangels en klemmen van het ontuchtbegrip – maar ook die van eventuele alternatieven – goed naar voren bij de volgende drie interviewfragmenten, afkomstig van twee officieren van justitie en een zedenadvocaat:

> *'Officier 3*
> Er wordt wel veel overgelaten aan de praktijk waar het gaat om de vraag of het wel ontuchtig is of niet. Dat is een van de lastige dingen bij het beoordelen van zedenzaken. Meiden van vijftien met jongens van drieëntwintig – wat toch wel heel vaak voorkomt – en vooral als de ouders er dan niet achter staan en dat gecombineerd met 167a Sv. Wat moet je daar dan mee? Dat is echt een bewerkelijk stukje van de zedentitel. Het zou fijn zijn als er nog meer helderheid mogelijk is van wetgevingswege, maar tegelijkertijd denk ik dat de grens wel goed is. Af en toe vraag je je wel eens af: is zestien niet te oud? Maar de voorbeelden waarin je ziet dat zestien niet te oud is zijn ook legio. Je zit met een grijs stukje. Volgens mij klopt het nog steeds wel die zestien jaar. We komen er ook wel uit hoor in de praktijk. Het is vaak veel uitleggen. Je ziet ook nog wel dat het in de maatschappelijke discussie alle kanten op gaat. Dat je soms als OM bekeken wordt: 'waarom vervolg je dat nou?' En soms: 'waarom vervolg je dat nou niet?' Zodra dat allebei even vaak voorkomt, zit je ongeveer, denk ik, in het midden. Ik denk dat het op zich een mooie oplossing is. Het leidt wel tot rechtsongelijkheid, want het hangt sterk van de kamer van de rechtbank af die je treft met welke straf je wordt bestraft. Er is wel veel rechtsongelijkheid zo rond de vijftien/zestien.'

> '*Officier 4*
> (...) Wat in mij op is gekomen is het knelpunt van ontuchtigheden. Dat is nu door de jurisprudentie ingevuld. Waar je ook een enkel moreel arrest kunt zien. De concrete casus was trioseks.[34] (…) Enerzijds lijkt mij van belang het ruim te houden, maar anderzijds, als je de hele zedenparagraaf tegen het licht houdt en je die leeftijdsgrenzen nader bekijkt, dan rijst de vraag of dit begrip 'ontuchtigheid' nadere concretisering behoeft. (…) Dan is de vraag: wil je dat zo ruim laten; laat je het inderdaad aan de rechter over? Met toch de mogelijkheid van een dergelijk, toch enigszins moreel arrest. Of zeg je: wetgever, hier moet jij een rol pakken? De wetgever moet overwegen of deze lastige problematiek, met name seks tussen mensen met een relatief klein leeftijdsverschil, toch niet nader geconcretiseerd moet worden in de wetgeving of dat je er dan voor vreest dat het te beperkt wordt.'

---

34 Gedoeld wordt op HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer. Zie daarover voetnoot 84 in hoofdstuk 2.

> *'Advocaat 4*
> Ontuchtig' is ook een per definitie vage term. Waar die term echt absoluut tekort in schiet is in de discussie als het gaat over seks tussen adolescenten onderling. (...) De Hoge Raad legt het uit als: 'meer dan een gering verschil in leeftijd'. Dat is buitengewoon subjectief. De ene rechter zegt dat het verschil tussen veertien en zestien al meer dan gering is – en dus strafbaar is. En je hebt het arrest van de Hoge Raad, op basis van een arrest van het Hof Den Bosch, dat in stand is gelaten. Daar gaat het om twee jongens en één meisje en die hebben een trio.[35] De ene jongen is zeventien, het meisje is vijftien geloof ik, en de andere jongen is ook zeventien. Die ene jongen had dan een relatie met dat meisje en die wordt vrijgesproken, want die had een relatie. De andere jongen had geen relatie en wordt dus veroordeeld. Ja, dat vind ik... Dat is voor die jongen volstrekt onmogelijk om dat van tevoren in te schatten. Gelet ook op jurisprudentie van andere rechters die zeggen: 'nou, zeventien en veertien vinden wij wel een gering verschil in leeftijd'. En er zijn geen omstandigheden zoals dwang of wat dan ook. Dus als het puur gaat om vrijwillige seks, dan is zeventien en veertien eigenlijk heel normaal.
>
> Ik was zelf destijds ook tegen die afschaffing van het klachtvereiste. Ik zie dat er ook vervolgd wordt tegen de wensen in van de betrokken minderjarige zelf. Daarvan werd destijds opgemerkt dat dat allemaal belemmeringen zou opleveren, maar ik heb die belemmeringen nooit gezien in de praktijk. Zoals met dat triootje hier. Dat meisje zelf heeft geen aangifte gedaan; de moeder heeft daarvan aangifte gedaan. (...) Ik vind dat jongeren het verdienen, nee, ik vind dat iedereen het verdient die tussen, laten we zeggen, de zestien en twintig is. Iedereen moet kunnen weten wanneer het strafbaar is om seks te hebben met een jongen of meisje van vijftien jaar. En dat is het nu niet. Een heldere normstelling, in dit geval dus misschien door het specificeren van leeftijden, dat zal absoluut de voorkeur verdienen. Nu ben je volkomen overgelaten aan de nukken van een officier van justitie die denkt van: 'hier is vervolging wel op zijn plek en hier niet'. Dat is volkomen subjectief. (...) En dat criterium of je nou een relatie hebt, is een onwerkbaar criterium. Iedere relatie begint met een eerste keer seks hebben. Ben je dan vogelvrij de eerste drie keer dat je seks hebt? Ben je vrij vanaf de vierde keer? Dat is toch onzin! (...) En voor die jongen van zeventien is het een ramp. Die heeft een zedendelict op zijn naam staan. Daar komt hij de rest van zijn leven niet meer vanaf. Als die jongen een opleiding wil volgen, een pedagogische opleiding of de politie of wat ook, dat kan hij gewoon op zijn buik schrijven. Dat is met de huidige toetsing van VOG's een ramp. Dat heeft geen zin om uit te leggen. Hij heeft helemaal niet zo'n zware straf gekregen. Ik denk een voorwaardelijke taakstraf, maar dat is echt het minste van het kwaad wat hem overkomt.'

Uit het voorgaande blijkt dat de manier waarop tegen het ontuchtbestanddeel wordt aangekeken, samenhangt met opvattingen over de leeftijdsgrenzen in de zedentitel. Deze leeftijdsgrenzen worden afzonderlijk geëvalueerd in paragraaf 4.5.3.[36] Op deze plaats kan in ieder geval reeds worden geconstateerd dat de vraag of ons systeem van ontuchtigheid en leeftijdsgrenzen 'deugt', in hoge mate een rechtspolitiek vraagstuk is dat buiten het bestek van deze studie valt. Wat adequate strafwetgeving is, wordt in deze context immers voor de groot deel bepaald door de eigen opvattingen over de verhouding tussen bescherming en vrijheid, en over de manier waarop dat moet doorwerken in bestanddelen. Bestaat een voorkeur voor helderheid ten koste van flexibiliteit (bijvoorbeeld door het hanteren van de term 'seksuele handelingen') of be-

---

35 Wederom wordt gedoeld op HR 30 maart 2010, *NJ* 2010/376, m.nt. Keijzer.

36 Zie daarover uitgebreider: paragraaf 2.4.2.

staat een voorkeur voor flexibiliteit ten koste van helderheid (bijvoorbeeld door het hanteren van de term 'ontucht')?

Voor dit laatste – het huidige systeem – lijkt een prijs te moeten worden betaald in de vorm van meer rechtsongelijkheid en meer rechtsonzekerheid, zoals in het begin van deze paragraaf is aangestipt en daarna is geïllustreerd. Het legaliteitsbeginsel wordt daarmee op de proef gesteld[37] en tegelijkertijd lijkt dat inherent aan het systeem. Toch kan de vraag worden opgeworpen of het bestanddeel 'ontucht' wellicht toch meer problemen oplevert dan het geval zou moeten zijn. Kunnen de hoge mate van complexiteit en de vage normstelling inderdaad niet worden verbeterd?

Dat de Hoge Raad voor dit thema nog nooit voor een overzichtsarrest heeft gekozen, doet vermoeden dat hij de aard van het thema niet geschikt vindt om hier als wetgever-plaatsvervanger op te treden. De wetgever zelf heeft op zijn beurt – kijkend naar de wetsgeschiedenis van 1991 en die van 2002 – dubbelzinnige signalen afgegeven. Door deze omstandigheden, en gelet op de besproken onzekerheden en gevolgen voor de betrokkenen, verdient het in onze ogen aanbeveling dat de wetgever zich opnieuw uitspreekt over het ontuchtbestanddeel. Wordt het bestanddeel behouden, dan zou daaraan opnieuw invulling kunnen worden gegeven en kunnen worden onderzocht in hoeverre die invulling wettelijk kan worden geëxpliciteerd. Dat feitenrechters verschillend wegen en waarderen kan niet worden voorkomen, maar wel dat dit wordt gedaan aan de hand van een verschillende reeks criteria.

4.4.3 Bepalingen met en zonder het bestanddeel 'ontucht'

Dat een zedenbepaling ontuchtig gedrag weergeeft, brengt nog niet mee dat de term 'ontucht' in die bepaling is opgenomen. De wetgever achtte het bijvoorbeeld niet nodig in art. 242 Sr (verkrachting), art. 243 Sr (seksueel binnendringen bij een onmachtige) en art. 244 Sr (seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar) het bestanddeel 'ontuchtig' op te nemen. In die gevallen zijn de beschermde personen door de dwang, de onmacht of de jeugdige leeftijd nagenoeg geheel weerloos, waardoor de handelingen 'in zich zelf reeds ontuchtig zijn en daarmee misdrijven tegen de zeden', aldus de minister destijds.[38] Deze gedachte over intrinsieke ontuchtigheid is echter niet overal op begrijpelijke wijze doorgevoerd.

Dat blijkt allereerst uit de redactie van art. 246 Sr (aanranding), dat net als art. 242 Sr (verkrachting) een dwangdelict is. In art. 246 Sr wordt vereist dat het slachtoffer is gedwongen tot het plegen of dulden van 'ontuchtige handelingen' (en niet reeds: 'seksuele handelingen'). Daarmee wordt dus de indruk gewekt dat de norm hier anders is; dat het denkbaar is dat bepaalde gevallen van seksuele handelingen die tegen de wil van de betrokkene worden bewerkstelligd, toch niet in strijd zijn te achten met de sociaal-ethische norm.

---

37 Zie in dit verband Kool, *DD* 1992, die destijds tot de conclusie kwam dat de vaagheid van het bestanddeel 'ontucht' in strijd kwam met het legaliteitsbeginsel.

38 *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 13, p. 4. Zie hierover paragraaf 2.3.2.2.

De minister heeft weliswaar opgemerkt dat 'ontucht' kan worden gemist in bepalingen die het bestanddeel 'dwingen' bevatten[39], maar tot aanpassing van art. 246 Sr heeft dat niet geleid.

Ook art. 247 Sr lijkt niet te in overeenstemming met de uitgangspunten van de wetgever. In paragraaf 4.2 kwam al ter sprake dat dit artikel een gemengd karakter heeft. Het bevat uiteenlopende delicten, waaronder delicten tegen fysiek en geestelijk onmachtigen. Deze groep onmachtigen is in art. 247 Sr op dezelfde wijze geformuleerd als in art. 243 Sr. Zoals gezegd stelde de wetgever bij art. 243 Sr dat mensen door de omschreven onmachtssituatie nagenoeg geheel weerloos moesten worden geacht, wat leidde tot weglating van de ontuchtigheid als bijkomende eis. De bescherming van deze groep in art. 247 Sr is daarentegen wel gekoppeld aan het bestaan van 'ontuchtige handelingen'. Gegeven de uitgangspunten valt niet in te zien waarom de 'weerloosheid' hier anders moet worden gewaardeerd. Geïmpliceerd wordt althans dat, bijvoorbeeld, lichtere seksuele handelingen dan penetratie met iemand die daaromtrent zijn wil niet kan bepalen, onder omstandigheden niet in strijd zijn met de sociaal-ethische norm.

Een verklaring voor deze inconsistentie met betrekking tot art. 247 Sr is waarschijnlijk gelegen in het gemengde karakter van de bepaling (zie hiervoor). Het uitgangspunt van de wetgever kon alleen systematisch worden doorgevoerd door de strafbaarstellingen in art. 247 Sr op dezelfde wijze uit te splitsen als die in art. 243, 244 en 245 Sr. De minister zag de voordelen van een dergelijke splitsing in, maar achtte die meer aangewezen in een breder herzieningstraject.[40]

Een ander punt met betrekking tot het gebruik van het ontuchtbegrip in de zedentitel, betreft de verhouding tussen art. 240b Sr (kinderpornografie) en art. 248c Sr (aanwezig zijn bij een seksshow met personen jonger dan achttien jaar).

Bij de totstandkoming van art. 248c Sr is dit artikel bij amendement nog aangevuld met het geval dat men aanwezig is bij de vertoning van kinderpornografische films of foto's.[41] De formulering van deze beelden wijkt echter af van de formulering in art. 240b Sr. In art. 248c Sr gaat het om 'afbeeldingen van ontuchtige handelingen door een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt', terwijl art. 240b Sr zich richt op 'afbeelding van een *seksuele* gedraging, waarbij iemand die *kennelijk* de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of *schijnbaar* is betrokken' (cursivering toegevoegd).

Dit redactieverschil impliceert ook een inhoudelijk verschil. Ten eerste eist art. 248c Sr niet alleen dat de gedraging van seksuele aard is, maar ook

39 *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, nr. 5, p. 14.
40 *Handelingen II*, 18 oktober 1990, p. 606-607.
41 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 745, nr. 11.

dat zij ontuchtig is. En 'ontuchtig' is meer dan alleen 'seksueel'.[42] Bij afbeeldingen van zeer jonge kinderen zal de seksuele aard van de gedraging al snel de ontuchtigheid ervan doen vaststaan, maar bij jongvolwassenen hoeft dat niet het geval te zijn. Ten tweede blijkt uit art. 248c Sr dat hierin daadwerkelijk wordt geëist dat de afgebeelde persoon jonger is dan achttien jaar, terwijl dat voor art. 240b Sr niet nodig is (uit het bestanddeel 'kennelijk' in art. 240b Sr volgt dat het gaat om de indruk van de leeftijd). Ten derde moet worden geconstateerd dat virtuele kinderpornografie wel valt onder het bereik van art. 240b Sr ('schijnbaar'), maar niet onder dat van art. 248c Sr.

Aan deze verschillen is bij de totstandkoming van art. 248c Sr geen aandacht besteed. Om deze verschillen in de praktijk het hoofd te bieden, zou het openbaar ministerie de bezoekers van een kinderpornografische filmvoorstelling kunnen vervolgen op grond van het deelnemen aan overtreding van art. 240b Sr (art. 47 en 48 Sr). Denkbaar is echter ook dat die constructie in veel gevallen niet zal baten. Evenmin biedt de gedraging 'zich de toegang verschaffen' tot kinderpornografie (art. 240b Sr) hier uitkomst, omdat zij is beperkt tot het gebruik van digitale media. Deze delictsgedraging heeft dus geen betrekking op de fysiek aanwezige bezoekers.

Misschien zou de rechter na rijp beraad ertoe kunnen besluiten de bestanddelen van art. 240b Sr in art. 248c Sr in te lezen. Hij zoekt dan wel de uiterste grenzen van zijn mogelijkheden op. De redactie van art. 248c Sr lijkt in onze ogen per saldo de ruimte te missen om het als tweede en derde genoemde verschil met art. 240b Sr (de kennelijke leeftijd en de virtuele beelden) via interpretatie weg te nemen. Zou de rechter daartoe wel overgaan, dan levert dat overigens een nieuw systematisch bezwaar op: de gevallen waarbij de wettekst verbazing wekt zijn niet verminderd, terwijl de noodzaak op de hoogte te zijn van gedetailleerde jurisprudentie nog meer is toegenomen.

4.4.4 Ontucht 'plegen' door de dader en ontucht 'plegen' en 'dulden' door het slachtoffer

4.4.4.1 Inleiding

Een van de meest complexe onderwerpen in deze studie betreft de vraag wat de betekenis is van de verschillende gedragingsvormen die aan het ontuchtbegrip zijn gekoppeld. De verschillende relevante uitdrukkingen zijn in paragraaf 2.3.5 in een tabel weergegeven en vervolgens uitvoerig onderzocht. De tabel is hier volledigheidshalve nogmaals opgenomen. Daarbij zijn de uitdrukkingen beknopt geformuleerd en ook gecursiveerd, zonder uitputtende weergave van de overige bestanddelen.

---

42 Ook Machielse en de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen hebben op deze grond bezwaar tegen de verschillen tussen art. 248c Sr en art. 240b Sr. Zie daarover herzieningssuggestie #3 in hoofdstuk 3.

artikel in Titel XIV	***uitdrukkingen van ontucht***
art. 245 Sr	*met* een jeugdige ontuchtige handelingen *plegen* die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam
art. 246 Sr	iemand dwingen *tot* het *plegen of dulden* van ontuchtige handelingen
art. 247 Sr	*met* een jeugdige ontuchtige handelingen *plegen;* een jeugdige verleiden tot het *plegen of dulden van* ontuchtige handelingen met een derde
art. 248a Sr	een jeugdige bewegen ontuchtige handelingen *te plegen* of zodanige handelingen *van hem te dulden*
art. 248b Sr	*ontucht plegen met* een jeugdige die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen *met* een derde
art. 248c Sr	aanwezig zijn bij het *plegen* van ontuchtige handelingen *door* een jeugdige
art. 248d Sr	met *ontuchtig* oogmerk een jeugdige bewegen getuige te zijn van *seksuele handelingen*
art. 248e Sr	(…) met het oogmerk ontuchtige handelingen *met* een persoon te *plegen*
art. 248f Sr	het *plegen* van ontucht *door* een jeugdige *met* een derde teweegbrengen of bevorderen
art. 249 Sr	ontucht *plegen met* een jeugdige
art. 250 Sr	het *plegen* van ontucht *door* jeugdige *met* een derde teweegbrengen of bevorderen
art. 254 Sr	ontuchtige handelingen *plegen met* een dier
art. 254a Sr	een afbeelding van een ontuchtige handeling, *waarbij een mens en een dier zijn betrokken of schijnbaar zijn betrokken*, verspreiden etc.

Tabel 14 - Uitdrukkingen van door Titel XIV bestreken ontucht

Uit het eigen onderzoek (paragraaf 2.3.5) komen twee prominente kwesties naar voren. De eerste heeft te maken met het onderscheid dat de wet maakt tussen een ‘plegen’ door de dader (zie onder andere art. 247 en 249 Sr), een ‘plegen’ door het slachtoffer (zie onder andere art. 246, 247, 248a, 248f en 250 Sr) en een ‘dulden’ door het slachtoffer (zie onder andere art. 247 en 248a Sr). De tweede kwestie houdt hiermee verband, maar het accent ligt hier op de uitdrukking die al dan niet aan het werkwoord is gekoppeld. Het gaat onder meer om het verschil tussen ontuchtige handelingen ‘plegen’ (zie art. 246 en 248a Sr) en ontuchtige handelingen ‘plegen *met*’ iemand (zie onder andere art. 247, 248b, 248f en 249 Sr). Voorts moet worden gedacht aan het verschil tussen enerzijds ontuchtige handelingen ‘dulden’ (zie onder andere art. 246 Sr) en anderzijds ontuchtige handelingen ‘dulden *van’* iemand (art. 248a Sr) of het ‘dulden *van* ontuchtige handelingen *met’* iemand (art. 247 Sr). In de kern is bij deze tweede kwestie de vraag of het woord ‘*met’* of ‘*van’* meebrengt dat lichamelijk contact tussen de verdachte en het slachtoffer moet hebben plaats-

gevonden. Eerst zal deze laatstgenoemde, meer specifieke kwestie worden behandeld, om vervolgens met meer algemene bevindingen af te sluiten.

4.4.4.2 Afwezigheid van lichamelijk contact

Met betrekking tot de status van gevallen waarin lichamelijk contact ontbreekt, wijken de veronderstellingen van de wetgever op veel punten af van de rechtspraak van de Hoge Raad en van de feitenrechter. Er is voorts ook verschil tussen de rechtspraak van de Hoge Raad en die van de feitenrechter, en tussen die van feitenrechters onderling. Wij zullen beginnen met de rechtspraak van de Hoge Raad, vervolgens de veronderstellingen van de wetgever weergeven en ten slotte de feitenrechtspraak aan deze gegevens relateren. Ten behoeve van de helderheid worden hierbij de bevindingen uit hoofdstuk 2 betrekkelijk uitvoerig herhaald.

De rechtspraak van de Hoge Raad over de relatie tussen de afwezigheid van lichamelijk contact en de bestanddelen 'ontucht plegen (met)' en 'ontucht dulden (van)', is uiterst gefragmenteerd en moeilijk te doorgronden.[43] De arresten betreffen de genoemde bestanddelen in art. 246 Sr (aanranding), art. 247 Sr (i.c.: ontucht plegen met iemand jonger dan zestien jaar) en art. 249 lid 1 Sr (ontucht plegen met een minderjarige in een afhankelijkheidsrelatie).

Wel kan uit die jurisprudentie blijken dat de Hoge Raad de vervulling van deze bestanddelen, zonder dat sprake is van lichamelijk contact, in 'uitzonderlijke gevallen' mogelijk acht. Waarom over 'uitzonderlijke gevallen' wordt gesproken, wordt niet helder. Het mag sterk worden betwijfeld dat gevallen van seksueel misbruik zonder aanraking tussen dader en slachtoffer thans zo uitzonderlijk zijn. Gedacht kan worden aan situaties waarin een jeugdige wordt gedwongen of bewogen handelingen met zichzelf te verrichten, in aanwezigheid van de verdachte of via de webcam. Dit doet vervolgens vermoeden dat het niet gaat om een feitelijke, maar om een juridische uitzonderlijkheid; om iets wat dus in het algemeen strikt moet worden beoordeeld. Die striktheid blijkt echter allerminst uit het criterium dat de Hoge Raad vervolgens verbindt aan het aannemen van 'ontucht plegen met' of 'ontucht dulden van' zonder lichamelijk contact. Het criterium dat volgens de Hoge Raad moet worden gehanteerd bestaat uit de vraag of, en zo ja in hoeverre, tussen de verdachte en het slachtoffer relevante interactie heeft plaatsgevonden.

In verband met het voorgaande rijst bij dit criterium de gedachte dat, in de situatie dat iemand wordt gedwongen of bewogen handelingen met zichzelf te verrichten, juist vaak sprake zal zijn van interactie tussen dader en slachtoffer. En dat zou situaties van 'ontucht plegen met' een slachtoffer zonder lichamelijk contact, dus verre van 'uitzonderlijk' maken.

---

[43] Zie over de bedoelde jurisprudentie paragraaf 2.3.5. Overigens maakt de wet soms onderscheid tussen 'ontucht plegen' en 'ontuchtige handelingen plegen', maar deze gevallen worden hier gemakshalve vereenzelvigd. Er is niets aangetroffen wat erop zou duiden dat tussen deze begrippen inhoudelijk verschil bestaat.

Onduidelijk is echter wat in dit verband als relevante interactie kan worden beschouwd, alsook bij welke interactiegraad het omslagpunt zo ongeveer zou moeten liggen. Een voorzichtige aanwijzing kan worden gevonden in het oordeel van de Hoge Raad dat enkel een ander confronteren met eenzijdige seksuele handelingen zonder daarbij iets van die ander te verlangen, onvoldoende is voor 'ontucht plegen met' die ander. Hieruit kan weliswaar niet volgen dat sprake is van 'ontucht plegen met' zodra ook maar iets van de ander wordt verlangd, maar wel wordt geïmpliceerd dat het plegen van seksuele handelingen met zichzelf en daarbij 'iets verlangen van' de ander, onder omstandigheden de benodigde interactie kan brengen.

Belangrijke vervolgvragen zijn daarmee evenwel nog niet beantwoord. Zo is onzeker of – volgens de Hoge Raad – datgene wat verlangd wordt van de ander ook op zichzelf een seksuele handeling dient te zijn of dat bijvoorbeeld voldoende is dat van de ander wordt verlangd dat deze naar de seksuele handelingen van de dader kijkt. Voorts is de vraag of nodig is dat de dader ten minste seksuele handelingen met zichzelf verricht of dat ook van 'ontucht plegen met' kan worden gesproken wanneer de dader zelf geen seksuele handelingen verricht maar van de ander verlangt dat deze seksuele handelingen met zichzelf pleegt.

Ook is onduidelijk in hoeverre het interactiecriterium geldt voor bijzondere slachtoffers, zoals slapende personen of bewustelozen. In art. 247 Sr wordt het bestanddeel 'ontucht plegen met' niet alleen gekoppeld aan jeugdigen, maar ook aan fysiek of geestelijk onmachtigen. Personen die slapen of bewusteloos zijn, voldoen aan de in art. 247 Sr beschreven onmachtssituaties. Voor een passend voorbeeld putten wij hier alvast uit de feitenrechtspraak: wat is rechtens wanneer een man zichzelf zeer dichtbij een slapende jonge vrouw bevredigt en haar daarbij als lustobject gebruikt, maar haar niet aanraakt?[44] Er is hier evident geen sprake van interactie. Op grond van het interactiecriterium zou hier dus moeten worden vrijgesproken. Maar wanneer dit geval geen 'ontucht plegen met' oplevert, blijven voor strafrechtelijke aansprakelijkheid weinig aanknopingspunten over.[45]

Hoewel de Hoge Raad mogelijk acht dat van 'ontucht plegen met' een slachtoffer kan worden gesproken zonder dat lichamelijk contact heeft plaatsgevonden, is dus al met al betrekkelijk onzeker in welke gevallen die mogelijkheid zich concreet aandient. De bewoordingen van het interactiecriterium lijken in ieder geval geen sterke begrenzing aan te geven.

Deze jurisprudentie van de Hoge Raad steekt af tegen de uitgangspunten van de wetgever. Parallel aan die jurisprudentie geeft de wetgever herhaaldelijk blijk van de opvatting dat bij het voorzetsel 'met' in de context van de zeden-

---

44 Rb. Groningen 25 februari 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BC5044. Hierop wordt dadelijk teruggekomen.

45 Eventueel zou nog gedacht kunnen worden aan art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid). Daarvoor moet het slachtoffer in dit geval 'zijns ondanks' aanwezig zijn. Dat bestanddeel wordt door de Hoge Raad in andere contexten ruim uitgelegd (zie paragraaf 2.4.4.6), waardoor dit geval dus mogelijk onder art. 239 Sr te brengen is, maar zeker is dat niet.

delicten (zoals 'plegen met') lijfelijk contact wordt vereist. Op grond van dit uitgangspunt zijn ook de nodige wetswijzigingen doorgevoerd. Zo is in art. 250a Sr (een voorloper van het huidige art. 273f Sr) de zinsnede 'seksuele handelingen *met* een derde tegen betaling' verruimd tot 'seksuele handelingen *met of voor* een derde tegen betaling'. Daardoor werden ook andere vormen van seksuele dienstverlening geraakt dan prostitutie in enge zin (met lijfelijk contact), aldus de wetgever. Voorts werd in art. 248a Sr, in de toenmalige zinsnede 'beweegt ontuchtige handelingen *met hem* te plegen of zodanige handelingen *van hem* te dulden' het gedeelte 'met hem' geschrapt. Deze wijziging werd nodig geacht voor het strafbaar stellen van het bewegen van de minderjarige tot het plegen van ontuchtige handelingen zónder rechtstreekse lijfelijke betrokkenheid van de verdachte. Overigens blijkt niet waarom de wetgever daarbij niet tevens de woorden 'van hem' heeft verwijderd. Hierop komen wij dadelijk terug. Illustratief is ten slotte ook de uitdrukkelijke overweging van de minister dat art. 248b Sr ('ontucht plegen met' een jeugdprostituee) daadwerkelijk seksueel contact vereist en niet bijvoorbeeld via webcamcontact kan worden gepleegd.[46]

De jurisprudentie van de Hoge Raad en de wetsgeschiedenis zijn dus moeilijk met elkaar te verenigen waar het gaat om beantwoording van de vraag of 'ontucht plegen met' mogelijk is zonder lichamelijk contact.

Wat de feitenrechtspraak betreft, is opmerkelijk dat daarin nauwelijks aandacht is voor de zojuist besproken wetsgeschiedenis. In een zaak waarin de feitenrechter zich wel oriënteert op de wetsgeschiedenis, is het oordeel dat 'ontucht plegen met' de jeugdige zonder lichamelijk contact niet mogelijk is. Evenwel wordt in de feitenrechtspraak doorgaans aangeknoopt bij de ruimere maatstaven van de Hoge Raad (interactie en de mate waarin iets is verlangd) en ook uit eigen beweging lijken veel feitenrechters flexibel om te gaan met de strekking van de wettekst.

Voor art. 247 en 249 Sr ('ontucht plegen met') is in de feitenrechtspraak onder meer voldoende gebleken[47]: het kind overreden zijn penis vast te pakken en daarvan de voorhuid naar achteren te schuiven; het laten poseren voor foto's; het laten nemen van foto's; zich aftrekken in bijzijn van kinderen die zijn meegelokt en gevraagd te blijven; zich in aanwezigheid van een kind aftrekken en de billen laten zien, en bovendien dat kind het geslachtsdeel en billen laten tonen en daarvan foto's maken; het eigen geslachtsdeel laten zien en daarbij verlangen dat het kind ook zijn geslachtsdeel laat zien. Aftrekken in het bijzijn van het kind is ook wel juridisch onvoldoende gebleken, ook in het geval dat de dader de opa was van het kind en dit plaatsvond op zolder. Voorts valt op dat de Rechtbank Groningen 'ontucht plegen met' een slapende vrouw mogelijk heeft geacht zonder lichamelijk contact (art. 247 Sr).[48] De rechtbank kwam tot een veroordeling ondanks dat een beroep was gedaan op de juris-

46 Zie hiervoor, p. 81.
47 Het betreft hier een herhaling van de bevindingen op p. 83 e.v.
48 Zie hierover p. 84, in het bijzonder voetnoot 145.

prudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder op het interactiecriterium. Dit is de zaak waaraan het eerder genoemde voorbeeld is ontleend.

Het verwijt dat de verdachte via de webcam ontucht zou hebben gepleegd 'met' de jeugdige, heeft op juridische gronden tot vrijspraak geleid, maar evengoed de nodige veroordelingen opgeleverd. Bij de veroordelingen kan het rechterlijk standpunt worden waargenomen dat het vereiste van interactie reeds is vervuld zodra iets van het kind is verlangd. Naast deze webcam-gevallen is 'ontucht plegen met' aangenomen op grond van het gezamenlijk masturberen tijdens telefooncontact; het herhaaldelijk digitaal doorsturen van eigen naaktfoto's en op grond van het langs digitale weg aansporen van de jeugdige om eigen naaktfoto's te sturen. Daarbij is voor sommige feitenrechters doorslaggevend dat de handeling in strijd kan worden geacht met de sociaal-ethische norm. Zelfstandige betekenis van het woord (ontucht plegen) '*met'* lijkt hier dus geheel verdwenen.

4.4.4.3 Tussenconclusie

De voorgaande bespreking dient ertoe bepaalde systematische ontwikkelingen en de gevolgen daarvan zichtbaar te maken. De uitgangspunten van de wetgever en die van de Hoge Raad stemmen niet overeen, terwijl de wetgever op basis van zijn eigen uitgangspunten nieuwe wetgeving introduceert. Tegelijkertijd wekt de Hoge Raad in zijn arresten voor sommige feitenrechters kennelijk de indruk dat een wel erg flexibel criterium mag worden gehanteerd. Welk criterium de individuele feitenrechter daadwerkelijk hanteert, kan voorts afhankelijk zijn van de arresten van de Hoge Raad die de feitenrechter raadpleegt. Bestudeert men slechts één arrest, dan kan een ander beeld ontstaan dan wanneer de gehele reeks wordt bestudeerd, maar die reeks is als zodanig moeilijk te achterhalen.

De gevolgen van deze ontwikkelingen zijn niet gunstig. Kenmerkend hiervoor is de bandbreedte tussen de uitspraken, die goed blijkt uit een vergelijking tussen (i) de uitspraak van de feitenrechter die de wetsgeschiedenis bij zijn oordeel betrok en op grond daarvan tot de conclusie kwam dat alleen lichamelijk contact het bestanddeel 'ontucht plegen met' kan vervullen, en (ii) de uitspraken waarin de feitenrechter voor 'ontucht plegen met' geen lichamelijk contact vereist en evenmin een interactiecriterium hanteert, maar eenvoudigweg doorslaggevend lijkt te vinden dat de gedraging van de verdachte is strijd is met de sociaal-ethische norm. Door het ontbreken van samenhang in de rechtsbronnen, de toegenomen complexiteit van de rechtsvragen en een verwaterde normstelling, lijkt hier dus ook, logischerwijs, de kans op rechtsongelijkheid sterk te zijn toegenomen.

Deze ongunstige gevolgen kunnen in het bijzonder blijken uit het feit dat bij de zeer ruime invulling van 'ontucht plegen met', het steeds moeilijker wordt onderscheid te maken tussen delictsomschrijvingen waarin dit bestanddeel voorkomt en delictsomschrijvingen met een (veel) lager strafmaximum. Hierbij wordt gedoeld op, aan de ene kant, art. 247 en art. 249 Sr ('ontucht plegen met'; beide dragen een maximumstraf van zes jaren), en aan de

andere kant art. 248a Sr (uitlokken van ontucht; vier jaren), art. 240b Sr (kinderpornografie; vier jaren), art. 248c Sr (aanwezig zijn bij ontuchtige handelingen; vier jaren), art. 248d Sr (een jeugdige getuige laten zijn van seksuele handelingen; twee jaren), art. 240a Sr (vertonen van schadelijke afbeeldingen; één jaar) en art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid; drie maanden).

Weliswaar kan nog steeds een duidelijk gradatieverschil worden ontwaard in alle bestudeerde zaken als geheel (hoe intensiever het contact, hoe vaker een verdachte ter zake van een zwaarder zedendelict is vervolgd en veroordeeld), maar door de betrekkelijk grote hoeveelheid materieelrechtelijk van elkaar afwijkende uitspraken kan toch een grensvervaging worden waargenomen. Hierbij nemen wij ook alvast de afbakeningsproblematiek in ogenschouw die is gebleken met betrekking tot de andere genoemde bepalingen. Op deze problematiek wordt teruggekomen bij de voortzetting van de evaluatie van deze thema's in paragraaf 4.5.5. Daarin gaat het specifiek om seksueel contact met jeugdigen zonder dat sprake is van lichamelijke aanraking (*hands-off* contact).

4.4.4.4 Is een 'dulden' door de verdachte ook een 'plegen' door de verdachte?

Wij keren terug naar het algemene thema: de verschillende uitdrukkingen van de delictsgedraging in bepalingen met het bestanddeel 'ontucht', en de effecten daarvan. De volgende bijzonderheid is de vraag of de verdachte wel 'pleegt' wanneer hij alleen maar passief blijft.

Art. 247 Sr vereist zoals gezegd dat ontuchtige handelingen worden *gepleegd met* de in dat artikel genoemde persoon, waaronder de jeugdige jonger dan zestien jaar. In 2003 zag de Hoge Raad zich voor de vraag gesteld of het enkele niet-ingrijpen door een volwassene wanneer een kind een seksuele handeling bij hém pleegt (hier: het vastpakken van de penis van de verdachte), ook oplevert: het door de verdachte *plegen* van ontuchtige handelingen *met* deze jeugdige.[49]

In de zaak die voorlag aan de Hoge Raad was het hof tot een veroordeling gekomen. Eerder had een ander hof echter in een soortgelijke casus vrijgesproken op wetssystematische gronden: in art. 247 Sr wordt duidelijk onderscheid gemaakt tussen actieve handelingen ('plegen') en het passief ondergaan van dergelijke handelingen ('dulden'; dit dulden in art. 247 Sr heeft betrekking op het aparte delict van het uitlokken van ontucht met een derde). In de onderhavige zaak adviseerde A-G Machielse de Hoge Raad in dezelfde zin:

> 'Een jurisprudentiële uitbreiding van art. 247 Sr lijkt mij niet in de rede te liggen, omdat bij de zedendelicten de wetgever juist expressis verbis onderscheid heeft gemaakt tussen plegen en dulden; zie art. 246, art. 247 (met betrekking tot het verleiden) en 248a Sr. Het ligt dan niet voor de hand om in art. 247 Sr het eerste 'plegen' aldus te verstaan dat het ook het 'dulden' zou omvatten.'

---

[49] HR 9 september 2003, *NJ* 2003/637. Dit arrest is nader besproken op p. 63 e.v.

De Hoge Raad oordeelde anders. Met een beroep op de uit de wetgeschiedenis afgeleide ratio van de zedenwetgeving, kan volgens de Hoge Raad het niet-ingrijpen hier als het 'plegen van ontuchtige handelingen met' het slachtoffer worden beschouwd. Het gaat erom of is nagelaten in te grijpen in een situatie waarbij uit oogpunt van de bescherming van de seksuele integriteit van de jeugdige ingrijpen was geboden.

Hoewel dit een alleszins redelijke uitkomst lijkt, maakt het voorbeeld tegelijk duidelijk dat de bijzondere rechtsbescherming op het niveau van de wettekst niet is geëxpliciteerd en de wetssystematiek juist wijst in de richting van het afwijzen daarvan. Een ander voorbeeld hiervan volgt dadelijk.

Ten slotte kan in dit verband worden opgemerkt dat leden van het openbaar ministerie in de interviews en in de wetgevingsnotitie hebben aangegeven dat de implicatie van de wetsterm 'plegen met' in art. 247 Sr (dat dit alleen een actieve gedraging behelst) hen voortdurend tot alertheid noopt bij de keuze van het strafrechtelijk verwijt en de daaropvolgende inrichting van de tenlastelegging.[50]

4.4.4.5 Is een 'dulden' door het slachtoffer ook een 'plegen' door het slachtoffer?

Indien het slachtoffer ontuchtige fysieke handelingen van de dader moet dulden, valt dit bij veel bepalingen ofwel direct onder bestanddelen als 'ondergaan' of 'dulden', ofwel onder (het door de verdachte) 'ontucht plegen met' (het slachtoffer). Daarentegen zijn er andere bepalingen waarbij de strafbaarheid van het genoemde dulden vanwege de redactie van de strafbaarstelling in belangrijke mate afhangt van de vraag in hoeverre dat 'dulden' door het slachtoffer kan worden aangemerkt als 'plegen' door dat slachtoffer. Zie daarvoor de tabel hieronder. Dit vraagstuk is nader besproken in paragraaf 2.3.5.6. Daaruit bleek het volgende.

artikel in Titel XIV	***uitdrukking van de ontucht***
art. 248a Sr	iemand bewegen ontuchtige handelingen *te plegen* of zodanige handelingen *van hem te dulden*
art. 248c Sr	aanwezig zijn bij het *plegen* van ontuchtige handelingen *door* iemand
art. 248f Sr	het *plegen* van ontucht *door* iemand *met* een derde teweegbrengen of bevorderen
art. 250 Sr	het *plegen* van ontucht *door* iemand *met* een derde teweegbrengen of bevorderen

Tabel 15 - Uitdrukking van de ontucht in art. 248a, 248c, 248f en 250 Sr

50 Zie de fragmenten opgenomen bij wetgevingssuggestie #29 in hoofdstuk 3, en voorts p. 712 (Notitie OM 2014, opgenomen in bijlage 3).

In art. 248f en 250 Sr wordt het enkele dulden door het slachtoffer tekstueel niet door die strafbaarstellingen bestreken. De wetsgeschiedenis van art. 248f en 250 Sr biedt te weinig aanknopingspunten om hierbij een specifieke bedoeling van de wetgever aan te wijzen. Enerzijds zou met een beroep op het beschermingsbeginsel een ruime strekking kunnen worden bepleit. Anderzijds kan de wettekst zelf, bezien tegen de achtergrond van andere delictsomschrijvingen, tot een beperktere opvatting leiden. Zo overweegt Kool in Tekst & Commentaar met betrekking tot art. 248f Sr:

> 'Uit het gebruik van het woord 'plegen' in samenhang met de term 'door' mag worden afgeleid dat het dulden van door een derde gepleegde seksuele handelingen met de minderjarige niet onder de werking van de bepaling valt.' [51]

Iets soortgelijks speelt bij art. 248a Sr. In art. 248a Sr dient het te gaan om een jeugdige die door iemand wordt bewogen 'ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden'.[52] Op basis van het in deze bepaling gemaakte onderscheid tussen plegen (algemeen) en dulden ('*van hem*') is kennelijk wel strafbaar: (i) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen te plegen met hem, (ii) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen te plegen met zichzelf, (iii) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen te plegen met een derde, en (iv) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen van hem te dulden. Ogenschijnlijk gaat het echter niet om (v) degene die de jeugdige beweegt ontuchtige handelingen van een derde te dulden. Op dit punt kan de verhouding tussen de wettekst en de wetsgeschiedenis van art. 248a Sr anders worden afgewogen. Uit de wetsgeschiedenis zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever geval (v) toch ook wenste te raken. Maar tot die conclusie dwingt de wetsgeschiedenis niet. Zo is Machielse van mening dat de wettekst ook met inachtneming van de wetsgeschiedenis aldus moet worden geduid dat een ander ertoe bewegen ontuchtige handelingen van een derde te dulden, juist niet onder het bereik van art. 248a Sr valt.[53]

De situatie bij art. 248c Sr is, ten slotte, goed vergelijkbaar met die van art. 248a Sr. In art. 248c Sr is strafbaar gesteld het opzettelijk aanwezig zijn bij het *plegen* van ontuchtige handelingen *door* iemand jonger dan achttien jaar. De wetsgeschiedenis en internationale afspraken bieden aanknopingspunten voor een ruime uitleg (daarin wordt bijvoorbeeld gesproken over jeugdigen

---

[51] T&C-Sr 2014, aant. 8 bij art. 248f Sr. Met de invoering van art. 248f Sr werd uitvoering gegeven art. 3 lid 6 van Richtlijn 2011/93/EU, op grond waarvan 'een kind middels dwang, geweld of bedreigingen aanzetten tot seksuele handelingen met een derde' met bepaalde minimale strafmaxima strafbaar moest worden gesteld (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 18; transponeringstabel). Uit de richtlijn kan echter niet zonder meer volgen dat onder de genoemde gedraging ook het enkele ondergaan van seksuele handelingen met een derde moet worden verstaan, waardoor voor de opvatting van Kool ruimte lijkt te bestaan.

[52] Een deel van art. 248a Sr is zojuist behandeld in het kader van de ontucht zonder lichamelijk contact.

[53] Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 7 bij art. 248a Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014). Zie ook hiervoor, p. 89.

die 'optreden in' of 'deelnemen aan' een pornografische voorstelling). Evenwel laten de internationale afspraken ook ruimte voor een beperktere opvatting en die beperktere opvatting kan eveneens worden gegrond op de nationale wetsgeschiedenis: in de parlementaire stukken wordt dikwijls de term 'peep-show' gebruikt. Deze term duidt op handelingen die iemand met zichzelf verricht. Op grond hiervan komt Machielse tot de conclusie dat art. 248c Sr volgens de wetgever is beperkt tot handelingen die de jeugdige met zichzelf verricht.[54] In die opvatting valt dus niet alleen het *dulden* van ontuchtige handelingen *van* een ander buiten de werkingssfeer van art. 248c Sr, maar ook het *plegen* van ontuchtige handelingen *met* een ander.

Alles bij elkaar genomen is de status van het 'enkele dulden' door het slachtoffer van ontuchtige handelingen van een derde, onzeker in relatie tot de delictsomschrijvingen van art. 248a, 248c, 248f en 250 Sr. De stelling dat dit 'enkele dulden' onder het bereik van de bepalingen valt, kan worden gegrond op algemene overwegingen uit de wetsgeschiedenis en op grond van het beschermingsbeginsel dat aan de bepalingen ten grondslag ligt. Dat neemt niet weg dat de betreffende delictsomschrijvingen en de verschillende onderscheidingen in de wet de besproken rechtsvraag blijven oproepen.[55] Deze omstandigheden kunnen leiden, en leiden bij sommige auteurs ook daadwerkelijk, tot het oordeel dat het 'enkele dulden' juist niet door de delictsomschrijvingen wordt gedekt.

4.4.4.6 Conclusie

In de inleiding op de behandelde vraagstukken werd gesteld dat zij tot de meest complexe onderwerpen in deze studie gerekend mogen worden. Daarmee wordt gedoeld op de ingewikkelde onderscheidingen in de wet en op de omstandigheid dat een integrale bestudering en waardering van het relevante recht op dit punt een grote opgave is. Evenzeer is echter duidelijk geworden dat de wetsuitlegger zelf niet zonder meer hoeft te menen met complexe onderwerpen te maken te hebben. Daarvan getuige de feitenrechtspraak over 'ontucht plegen met'. Dit leidt tot uiteenlopende oordelen die op hun beurt weer bijdragen aan de problematiek. Al met al is het onze indruk dat deze vraagstukken een zware wissel trekken op de samenhang in en begrijpelijkheid van de zedentitel, en op de duidelijkheid van de normstellingen daarin.

---

54 Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 248c Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014).

55 Vgl. reeds Noyon 1912, p. 28.

4.5 Seksuele delicten tegen jeugdigen

4.5.1 Inleiding

De seksuele delicten tegen jeugdigen staan verspreid over de zedentitel, maar kunnen samen worden beschouwd als de grootste categorie zedendelicten. De betreffende bepalingen worden volledigheidshalve in de onderstaande tabel nogmaals weergegeven.

Seksuele delicten tegen jeugdigen	
art. 240a Sr	vertonen etc. van schadelijke afbeeldingen <16jr[56]
art. 240b Sr	kinderpornografie
art. 244 Sr	seksueel binnendringen 12-minner
art. 245 Sr	ontuchtig binnendringen 12-16jr
art. 247 Sr	ontuchtige handelingen 16-minner en verleiding 16-minner tot ontucht met een derde
art. 248a Sr	verleiding, overwicht, misleiding <18jr
art. 248b Sr	jeugdprostitutie; 16-18jr
art. 248c Sr	aanwezigheid bij ontuchtige handelingen 18-minner
art. 248d Sr	corrumperen van 16-minner
art. 248e Sr	grooming 16-minner
art. 248f Sr	uitlokken van ontucht van 18-minner met een derde
art. 249 lid 1 Sr	ontucht met minderjarige afhankelijke
art. 250 Sr	koppelarij

Tabel 16 - Seksuele delicten tegen jeugdigen

In de onderstaande evaluatie wordt teruggegrepen op de belangrijkste bevindingen uit hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 met betrekking tot de seksuele delicten tegen jeugdigen. Allereerst wordt gekeken naar de bestanddelen 'buiten echt' en 'minderjarige' (2.5.2). Vervolgens worden de leeftijdsgrenzen (2.5.3) en de schuldverbanden (2.5.4) besproken. Daarna wordt teruggekomen op het complexe thema waarmee zojuist een begin is gemaakt in de evaluatie, in paragraaf 4.4.4: seksueel contact zonder dat sprake is van lichamelijke aanraking (2.5.5). Na deze uitvoerige analyse gaat de aandacht uit naar de uiteenlopende vormen van het uitlokken van ontucht met een derde, zoals die in hoofdstuk 2 zijn aangetroffen (2.5.6). Ten slotte wordt de vraag opgeworpen wat thans nog de toegevoegde waarde is van art. 248a Sr (2.5.7) en art. 249 lid 1 Sr (2.5.8).

[56] Bij art. 240a Sr kan het strikt genomen ook gaan om schadelijke afbeeldingen die geen verband houden met seksualiteit. In de gepubliceerde rechtspraak gaat het echter altijd om pornografisch materiaal. Zie paragraaf 2.4.4.8.

4.5.2 'Buiten echt' en 'minderjarige'

4.5.2.1 Inleiding

In deze paragraaf worden twee thema's behandeld die met elkaar in verband staan: het bestanddeel 'buiten echt' in art. 245 en 247 Sr en het bestanddeel 'minderjarige' in art. 240a, 248, 249 en 250 Sr. Deze bestanddelen lijken niet te corresponderen met de normstelling zoals die op grond van internationale afspraken kennelijk wordt gewenst, en leiden in de praktijk soms tot verwarring en extra werk.

4.5.2.2 'Buiten echt'

In de aanloop naar de gedeeltelijke herziening van de zedendelicten in 1991 was voor de wetgever vooral van belang dat het bestanddeel 'buiten echt' zo snel mogelijk uit art. 242 Sr (verkrachting) zou verdwijnen. Dit bestanddeel – 'de huwelijksexceptie' – zorgde ervoor dat verkrachting binnen huwelijk geen strafbaar feit was. In 1991 is de huwelijksexceptie uit art. 242 Sr verwijderd.[57]

Opvallend is dat de wetgever destijds het bestanddeel 'buiten echt' heeft laten staan in art. 245 Sr en art. 247 Sr. In art. 247 Sr was deze huwelijksexceptie verbonden aan het verleiden van een jeugdige jonger dan zestien jaar tot ontucht met een derde, maar niet aan het plegen van ontuchtige handelingen met die jeugdige zelf. Dit laatste achtte de wetgever inconsistent in relatie tot art. 245 Sr (het *buiten echt* plegen van ontuchtige handelingen die bestaan uit een *seksueel binnendringen* met iemand tussen de twaalf en zestien jaar):

> 'Dit zou betekenen dat niet zo ernstige ontuchtige handelingen ook binnen echt – als ze tenminste als ontuchtig zouden worden aangemerkt – strafbaar zouden zijn en wanneer zij bestaan uit het seksueel binnendringen alleen buiten echt. Dit is niet de bedoeling. Daarom is artikel 247 in overeenstemming gebracht met artikel 245.'[58]

Naast verwijdering van de gehekelde huwelijksexceptie in art. 242 Sr, heeft de wetgever dus tegelijkertijd aan art. 247 Sr nog een huwelijksexceptie toegevoegd. Dit zou verband kunnen houden met een onuitgesproken genuanceerde visie op, of onvoldoende consensus over, overheidsinterventie in een huwelijksrelatie. Dat blijkt niet uit de wetsgeschiedenis zelf. In ieder geval is hiervan het resultaat dat thans nog drie huwelijksexcepties in het zedenrecht zijn opgenomen (cursivering toegevoegd):

> Artikel 245 Sr
> Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, *buiten echt*, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

---

57 Zie over dit thema paragraaf 2.3.2.2.
58 *Kamerstukken II* 1990/91, 20 930, nr. 14, p. 2. Zie paragraaf 2.3.2.2 voor nadere details.

> Artikel 247 Sr
> Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren *buiten echt* ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen *buiten echt* met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

Deze omstandigheden zijn in paragraaf 2.3.2 belicht, maar nog niet geëvalueerd. Alvorens dit te doen, dient te worden vastgesteld dat de relevantie van de huwelijksexcepties ogenschijnlijk gering is. Blijkens de op het moment van schrijven aanhangige Wet tegengaan huwelijksdwang, bestaat het voornemen in beginsel alleen meerderjarigen tot het huwelijk toe te laten.[59] Onder omstandigheden kan op dit moment nog, bijvoorbeeld, een vijftienjarige huwen, en kunnen kindhuwelijken die in het buitenland zijn gesloten ook in Nederland worden erkend.[60]

Omdat de precieze strekking van de aanstaande wetswijzigingen nog niet goed kon worden overzien en omdat daarin geen voorstel tot verwijdering van de bestanddelen ‘buiten echt’ in art. 245 en 247 Sr is opgenomen, wordt zekerheidshalve uitgegaan van de huidige situatie.

Het is tegen deze achtergrond de vraag wat thans de kosten en de baten zijn van de huwelijksexcepties.

Als maatschappelijke kosten kan worden opgevoerd dat deze excepties zorgen voor verwarring en extra werk. Art. 245 en 247 Sr zijn veelgebruikte artikelen. Daardoor trekken de excepties van tijd tot tijd de aandacht zonder dat een verklaring voorhanden is, zo blijkt ook uit de interviews voor deze studie.[61] Het extra werk is erin gelegen dat de rechter in zijn uitspraak op grond van het bewijs moet vaststellen dat tussen verdachte en slachtoffer geen huwelijk bestond. Als gevolg van de wettekst wordt het ontbreken van het huwelijk immers opgenomen in de tenlastelegging.[62]

---

59 Wetgevingsdossier 33 488 (Wet tegengaan huwelijksdwang).

60 Zie Van Hoorn 2015, met verwijzingen. Kenmerkend is tevens de nationale berichtgeving in september 2015 over kindbruiden in de context van vluchtelingen en gezinshereniging, waaronder: www.rtvnoord.nl/nieuws/154125/Tientallen-Syrische-kindbruiden-onderweg-naar-Ter-Apel; www.nrc.nl/handelsblad/van/2015/september/29/wat-te-doen-met-de-kindbruid-in-het-azc-1541666; www.nu.nl/politiek/4134402/pvda-wil-opheldering-kindbruiden-in-apel.html (laatst geraadpleegd in september 2015).

61 Zie de interviewfragmenten opgenomen bij wetgevingssuggesties #40 en #41 (hoofdstuk 3).

62 Dit leidt tot overwegingen als de volgende van het Hof Den Bosch: ‘[Slachtoffer] is geboren [in] [1999]. Het hof acht het, mede gelet op het bepaalde in artikel 31 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, een feit van algemene bekendheid dat [slachtoffer] op 11 november 2007 niet gehuwd kan zijn geweest, zodat de aan verdachte verweten handelingen buiten echt hebben plaatsgevonden (Hof Den Bosch 10 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:

Ook op het gebied van rechtsbescherming lijkt een prijskaart te hangen aan de huwelijksexcepties. Zowel art. 245 Sr als art. 247 Sr eist dat de seksuele handelingen ontuchtig zijn. 'Ontuchtig' wil zeggen: in strijd met de sociaal-ethische norm. Op grond van deze betekenis – die juist door de wetgever in 1991 centraal is gesteld – moet het kennelijk straffeloos blijven dat iemand een jonggehuwd kind ertoe brengt met de huwelijkspartner seksuele handelingen te plegen die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm (art. 247 Sr). Voorts staat vast dat seks met iemand jonger dan zestien jaar die met die seks niet instemt, reeds daarom ontuchtig kan worden genoemd. Bijgevolg is de ander strafbaar op grond van art. 245 of 247 Sr wanneer dit buiten echt plaatsvindt. Vindt dit echter plaats binnen echt, dan zorgen de huwelijksexcepties voor het wegvallen van aansprakelijkheid in dat kader. Voor die situaties zal moeten worden aangetoond dat sprake is van dwang (art. 242 en 246 Sr) of van een beïnvloedingsmiddel zoals opgenomen in art. 248a Sr.

Bij dit alles dient te worden betrokken dat zowel het Verdrag van Lanzarote als Richtlijn 2011/93/EU geen ruimte lijken te geven voor de onderhavige huwelijksexcepties. Weliswaar heeft Nederland enige beleidsvrijheid om het begrip 'seksuele handelingen' (de termen in de voornoemde instrumenten) nader in te kleuren, waardoor de wetsterm 'ontuchtige handelingen' lijkt toegestaan.[63] Maar het volledig blokkeren van aansprakelijkheid bij een gebleken huwelijk, ook al wordt vastgesteld dat de jeugdige niet instemde, staat met die instrumenten op gespannen voet.[64] Voorts kan worden gewezen op art. 36 van het Verdrag van Istanbul, dat verdragsstaten opdraagt de in dat artikel vervatte materiële verplichtingen op het terrein van de zedendelicten ook van toepassing te laten zijn op 'gedragingen gericht tegen voormalige of huidige echtgenoten of partners erkend volgens het nationale recht'.[65] Tijdens het goedkeuringstraject heeft de Nederlandse wetgever aangegeven dat onder

BH6024). Hiermee vergelijkbaar is deze overweging van het Hof Den Haag: 'Het hof leidt uit de bewijsmiddelen 3 en 4, met name uit de leeftijd van het slachtoffer en het feit dat hij de verdachte niet kende, af dat het onder 1 bewezenverklaarde feit buiten echt is gepleegd' (niet afzonderlijk gepubliceerd, maar opgenomen in de conclusie van A-G Knigge voor HR 7 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9859; de overweging speelde in cassatie geen rol). Zie over het bestanddeel 'buiten echt' in art. 247 Sr voorts Hof Den Bosch 28 september 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB4538, waarin de vraag speelt of het invoegen van het bestanddeel 'buiten echt' in art. 247 Sr in 1991 (met betrekking tot het plegen van ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar) getuigde van gewijzigd inzicht van de wetgever met betrekking tot het gedrag in zijn algemeen, dus ook buiten echt. Die vraag wordt ontkennend beantwoord.

63 Vgl. het *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van kinderen tegen seksuele uitbuiting en seksueel misbruik (CETS nr. 201), Lanzarote 25 oktober 2007 (beschikbaar op «coe.int»), overweging 127. Zie voorts *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 4, p. 6-7.

64 Zie in dit verband art. 18 lid 1 onder a en lid 3 van het Verdrag van Lanzarote, en art. 3 lid 4 jo. art. 8 lid 1 van Richtlijn 2011/93/EU.

65 Art. 36 lid 3 van het Verdrag van Istanbul (voluit het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, *Trb.* 2012, 233). In paragraaf 2.7.4.3 is op de status van dit verdragsartikel nader ingegaan. Op het moment van schrijven is de wetgever vergevorderd met de goedkeuring en implementatie. Zie wetgevingsdossiers 34 038 (goedkeuring) en 34 039 (uitvoering).

meer art. 245 Sr uitvoering geeft aan art. 36 van het Verdrag van Istanbul, terwijl deze koppeling niet gepaard is gegaan met het voornemen het bestanddeel 'buiten echt' uit art. 245 Sr te verwijderen.[66] Ook aan het Verdrag van Istanbul kunnen dus argumenten worden ontleend voor de stelling dat de huwelijksexcepties strijdig zijn met internationale verplichtingen.

Wat zijn nu de baten van deze excepties? Kennelijk heeft de wetgever van 1991 gemeend dat het bestaan van een kindhuwelijk een bijzondere omstandigheid is in het kader van de ontuchtdelicten art. 245 en 247 Sr. Opvallend is echter dat juist de betekenis die de wetgever aan 'ontuchtige handelingen' heeft gegeven (handelingen in strijd met de sociaal-ethische norm) bij uitstek voor de rechter een handvat biedt om de bijzondere omstandigheid van een huwelijk te betrekken bij de vraag of de seksuele handelingen ook ontuchtig zijn. Naar het ons voorkomt zou het doel van de toenmalige wetgever dus evenzeer zijn bereikt wanneer deze in het kader van het ontuchtbegrip een uitdrukkelijke overweging had gewijd aan de positie van jonggehuwden. Ook een toekomstige wetgever kan dat desgewenst doen, zo daartoe nog aanleiding zou bestaan.

Op grond van het voorgaande heeft verwijdering van de huwelijksexcepties dus geen nadelen, maar duidelijk wel voordelen. Thans roepen deze excepties vragen op en dwingen de rechter onnodig tot meerwerk, terwijl tevens mag worden betwijfeld of zij in overeenstemming zijn met internationale verplichtingen.

4.5.2.3 'Minderjarige'

Een jonggehuwde kan onder omstandigheden nog op andere wijze minder aanspraak maken op strafrechtelijke bescherming. Op grond van het huidig privaatrecht verliest een jongvolwassene door een huwelijk de status van 'minderjarige' (art. 1:233 BW). Iemand is dan dus nog jonger dan achttien jaar, maar wordt niettemin meerderjarig. Het gevolg daarvan is in beginsel ook dat het bestanddeel 'minderjarige' in verschillende bepalingen van Titel XIV niet meer van toepassing is.[67] Deze daling in het beschermingsniveau levert tevens een kwetsbaarheid op in het kader van internationale verplichtingen.[68]

De wetgever heeft deze kwestie ingezien en is daarom begonnen de term 'minderjarige' te vervangen door 'iemand die de leeftijd van achttien jaren nog

---

66 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 038, nr. 3, p. 32 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34 039, nr. 2.

67 Het strafrecht volgt hier de civielrechtelijke bepalingen over minderjarigheid en meerderjarigheid. Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 2 bij art. 249 Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 24 april 2014), met verwijzingen.

68 Zie bijvoorbeeld art. 2 onder a jo. art. 3 lid 5 van Richtlijn 2011/93/EU, op grond waarvan, kort gezegd, aan zestien- en zeventienjarigen de bescherming moet worden geboden die thans in art. 249 lid 1 Sr aan 'minderjarigen' worden geboden. Wordt echter een gehuwde zeventienjarige vrouw geconfronteerd met een dergelijk feit, dan moet worden vastgesteld dat zij niet meer 'minderjarig' is in de zin van art. 249 Sr. Afhankelijk van de omstandigheden zou nog sprake kunnen zijn van art. 248a Sr (uitlokken van ontucht; het gaat hier om 'iemand beneden de leeftijd van achttien jaren), maar dat hoeft niet het geval te zijn.

niet heeft bereikt'.[69] Dat is echter nog niet overal gebeurd; de term 'minderjarige' staat nog centraal in onder meer art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag) en art. 250 Sr (koppelarij). Dat de wijzigingen niet in een eenmalig wetgevingstraject overal zijn doorgevoerd, vindt zijn oorzaak waarschijnlijk hierin, dat de wetgever de bedoelde wijzigingen alleen heeft aangebracht in bepalingen waaraan al anderszins werd gesleuteld in het kader van de nakoming van internationale afspraken. Op dit moment lijkt bij de wetgever geen concreet voornemen aanwezig de overige bepalingen te voorzien van de neutrale formulering. De huidige situatie, waarin in het ene geval 'iemand die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt' is opgenomen en in het andere geval 'minderjarige', kan vanzelfsprekend ook leiden tot enige verwarring.

Op dit moment kleven dus aan het bestanddeel 'minderjarige' in de zedentitel enkele bezwaren op het terrein van rechtsbescherming, internationale verplichtingen en wetssystematiek. De twee eerstgenoemde bezwaren zouden ook in het concrete geval kunnen worden weggenomen door de rechter. Deze zou voor een ruime, van het privaatrecht onafhankelijke interpretatie van het begrip 'minderjarige' kunnen kiezen. Tot een dergelijke uitspraak blijven de bezwaren evenwel staan, terwijl de rechter aan het systematische bezwaar niets kan veranderen.

4.5.3 Leeftijdsgrenzen

4.5.3.1 Inleiding

In Titel XIV worden de delictsomschrijvingen die zich beperken tot de bescherming van jeugdigen, gekenmerkt door de opname van een bepaalde leeftijdsgrens. Deze grenzen zijn in paragraaf 2.4.2 geanalyseerd.

Gebleken is dat de algemene systematiek van de leeftijdsgrenzen sinds 1886 gelijk is gebleven. Er is soms een gekwalificeerde lage leeftijdsgrens van twaalf jaar die gepaard gaat met een hogere maximumstraf. De kern van de seksuele delicten tegen jeugdigen wordt vervolgens gevormd door een algemene leeftijdsgrens van zestien jaar, die de seksuele meerderjarigheid markeert. Ten slotte bestaat voor sommige delicten de ruimere leeftijdsgrens van de algemene meerderjarigheid (achttien jaar; zie ook hiervoor). In die gevallen heeft de wetgever het nodig geacht een uitzondering te maken op de hoofdregel van seksuele meerderjarigheid ('seksuele vrijheid vanaf het zestiende levensjaar').

Toch zijn er sinds 1886 ook belangrijke wijzigingen aangebracht. Zo is de meerderjarigheidsgrens stapsgewijs verlaagd van drieëntwintig naar achttien jaar. De groep 'seksueel meerderjarige minderjarigen' is dus aanzienlijk kleiner dan vroeger; in 1886 bestond deze nog uit zestien- tot tweeëntwintigjarigen en thans bestaat zij alleen uit zestien- en zeventienjarigen. Voorts zijn de uitzonderingen op de hoofdregel van seksuele meerderjarigheid toegenomen.

69 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 291, nr. 3, p. 16. Zie over het hier besproken thema en de daarbij behorende bronnen nader: paragraaf 2.4.2.2.

Binnen de seksuele misdrijven tegen jeugdigen, richtten in 1886 alleen art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag) en art. 250 Sr (koppelarij) zich ook op de seksueel meerderjarige minderjarigen. Daaraan zijn inmiddels veel delicten toegevoegd. Zoals in tabel 17 is weergegeven, gaat het om art. 240b Sr (kinderpornografie), art. 248a Sr (uitlokken van ontucht), art. 248b Sr (jeugd-prostitutie), art. 248c Sr (aanwezig zijn bij een seksshow waarin jeugdigen optreden) en art. 248f Sr (uitlokken van ontucht met een derde). Het grootste deel van deze toevoegingen heeft deze eeuw plaatsgevonden.

<table>
<tr><th>0-12 jr</th><th>12-16 jr</th><th>16-18 jr</th></tr>
<tr><td>art. 244 Sr
seksueel binnendringen bij
12-minner</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td></td><td>art. 245 Sr
ontuchtig binnendringen bij
iemand tussen 12 en 16 jr</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 240a Sr
verstrekken van schadelijke afbeeldingen aan 16-minner</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 247 Sr
plegen van ontuchtige handelingen met een 16-minner</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 247 Sr
verleiden van een 16-minner tot ontucht met een derde</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 248d Sr
16-minner getuige laten zijn van ontuchtige handelingen</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">art. 248e Sr
grooming</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>art. 248b Sr
jeugdprostitutie</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 240b Sr
kinderpornografie</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 248a Sr
uitlokken van ontucht met 18-minner</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 248c Sr
aanwezig zijn bij ontuchtige handelingen van een 18-minner</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 248f Sr
uitlokken van ontucht tussen 18-minner en een derde</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 249 lid 1 Sr
ontucht met een minderjarige met misbruik van gezag</td></tr>
<tr><td colspan="3">art. 250 Sr
koppelarij (uitlokken van ontucht tussen minderjarige en een derde)</td></tr>
</table>

Tabel 17 - Leeftijdscategorieën bij de seksuele delicten tegen jeugdigen

4.5.3.2 Vrijheid versus bescherming

De zojuist beschreven uitbreidingen van delicten tegen seksueel meerderjarige minderjarigen kan worden toegeschreven aan de toegenomen nationale en internationale inspanningen om kinderen in het algemeen – dus ook zestien- en zeventienjarigen – te beschermen tegen seksueel misbruik en seksuele exploitatie. Zoals in paragraaf 2.4.2 is aangegeven, laat die ontwikkeling zich goed illustreren door een vergelijking te maken tussen een overweging in de memorie van toelichting bij de voorbereiding van de opheffing van het algemeen bordeelverbod, en de veranderingen die nadien zijn opgetreden (de memorie van toelichting dateert uit 1997). Over de vraag of voor het gebruikmaken van de diensten van zestien- en zeventienjarige prostituees strafrechtelijke aansprakelijkheid moest worden gecreëerd, werd in de genoemde memorie van toelichting nog opgemerkt dat 'aan de bestrijding van kinderprostitutie onvoldoende argumenten kunnen worden ontleend' om een uitzondering te maken op de regel van 'seksuele vrijheid vanaf de zestienjarige leeftijd'.[70] Niettemin is bij aangenomen amendement[71] ervoor gekozen het beschreven gedrag strafbaar te stellen in art. 248b Sr en werd art. 248ter Sr met een verruimde redactie ondergebracht in art. 248a Sr (2000). Later volgde de invoering van art. 248c Sr (2002), de verhoging van de leeftijd naar achttien jaar in art. 240b Sr (2002) en de invoering van art. 248f Sr (2014). Thans is er wetgeving in de maak waarin wordt beoogd het gebruikmaken van de diensten van achttien-, negentien- en twintigjarige prostituees eveneens strafbaar te stellen.[72] Daaraan kan ten slotte nog worden toegevoegd dat in de politiek het voornemen is uitgesproken om, na de inwerkingtreding van de vermelde wijzigingen in de prostitutiesector, te inventariseren of de leeftijdsgrens ook op andere terreinen moet worden verhoogd naar eenentwintig jaar.[73]

Er is de laatste jaren dus een duidelijke trend waarneembaar in het maken van uitzonderingen op de seksuele vrijheid vanaf zestien jaar. Het spanningsveld tussen bescherming van en vrijheid voor seksueel meerderjarige jeugdigen is daardoor op bepaalde punten complexer geworden.[74] Dit houdt onder meer verband met het eerder in deze evaluatie besproken bestanddeel 'ontucht' (paragraaf 4.4.2). Is de hoofdregel van seksuele vrijheid vanaf het zestiende levensjaar iets wat alleen relevant is voor de wetgever, of wat ook gewicht draagt bij de uitleg van de bepalingen die betrekking hebben op minderjarigen? In het bijzonder rijst de vraag of de vervulling van de overige bestanddelen en de vaststelling dat sprake is van seksuele handelingen, ook bij

70 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 3, p. 10.

71 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 437, nr. 9 (amendement van het lid Barth).

72 Wetgevingsdossiers 32 211 (Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche) en 33 885 (Wijziging van de Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche; zie art. 29).

73 Aldus een toezegging van minister Opstelten in 2013. Zie *Handelingen II* 2012/13, 27 maart 2013, p. (67-11-)69-(67-11-)70.

74 Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 3 bij art. 240b Sr (bewerkt door A.J. Machielse; bijgewerkt tot 19 juni 2013).

seksueel meerderjarigen al een weerlegbaar rechtsvermoeden van 'ontucht' doen ontstaan, zoals bij seksueel minderjarigen het geval is.[75] Onduidelijk is met andere woorden, hoe sterk de rechter de seksuele meerderjarigheid kan meewegen bij het beoordelen van de mate waarin de gedraging in strijd is met de sociaal-ethische norm. Hierop wordt dadelijk teruggekomen.

Tegelijkertijd blijft enigszins in het midden waarom ervoor is gekozen bij bepaalde delicten alleen jeugdigen jonger dan zestien jaar te beschermen. Hierbij wordt in het bijzonder gedoeld op art. 248d Sr (seksueel corrumperen) en art. 248e Sr (grooming). In de preambule van het Verdrag van Lanzarote, waarin deze bepalingen hun grondslag vinden, wordt gesproken over het recht van elke minderjarige op de beschermende maatregelen tegen seksueel misbruik en seksuele uitbuiting. Tegen die achtergrond is niet onmiddellijk te begrijpen waarom het verdrag de verplichte bescherming tegen corrumperen en grooming alleen heeft betrokken op de seksueel minderjarigen, en evenmin waarom onze wetgever stelt dat art. 248d Sr moet beschermen tegen 'schadelijke invloeden op de persoonlijke en seksuele ontwikkeling', tegen 'gedragingen die tot doel hebben een kind vatbaar te maken voor seksuele uitbuiting of seksueel misbruik' en tegen een 'scheefgroei in de seksuele en persoonlijke ontwikkeling'. Datzelfde geldt met betrekking tot art. 248e Sr, dat volgens de wetsgeschiedenis dient te beschermen tegen de verleiding tot het delen van intimiteiten en tegen het op die wijze vatbaar maken voor seksueel misbruik in de fysieke wereld. De strafbaarstelling van grooming werd nodig geacht vanuit 'het oogpunt van een effectieve bescherming van kinderen'.

Waarschijnlijk moet de verklaring hierin worden gevonden dat het risico van schadelijke gevolgen met name bij de seksueel minderjarigen aanwezig werd geacht en dat seksueel corrumperen en grooming zich volgens de wetgever richten op handelingen in een voorstadium van daadwerkelijk misbruik.[76] De keuze voor de beperking tot seksueel minderjarigen zou in dat opzicht kunnen zijn ingegeven door het idee dat dergelijke gevaarzettingsdelicten slechts bij uiterste noodzaak moeten worden ingevoerd, en dat die noodzaak zich in de onderhavige context alleen bij seksueel minderjarigen voordoet.

Evenwel is het ook door de afwezige onderbouwing van het uitsluiten van zestien- en zeventienjarigen in deze context, niet eenvoudiger geworden te bepalen welke seksuele gedragingen met betrekking tot zestien- en zeventienjarigen onproblematisch zijn en welke zich in de gevarenzone bevinden. Zo kan een relatie tussen een zeventienjarige en een veertigjarige enerzijds worden bekeken vanuit het perspectief van de seksuele vrijheid. Art. 245 en 247 Sr (het plegen van ontucht) zijn alleen van toepassing op personen jonger dan zestien jaar. Ook wanneer de relatie is ontstaan door een ontmoeting naar aanleiding van seksueel getinte digitale communicatie, kan erop worden gewezen dat het delict 'grooming' (art. 248e Sr) geen betrekking heeft op een zeventienjarige. Anderzijds kan dit voorbeeld worden bekeken vanuit het

75 Vgl. paragraaf 2.3.3.

76 Zie over deze typering: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 810, nr. 3, p. 5 en 9, en nr. 7, p. 8.

perspectief van art. 248a Sr, waarin onder meer strafbaar is gesteld om een jeugdige jonger dan achttien jaar 'door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend evenwicht' te bewegen 'ontuchtige handelingen' te plegen. Het aangaan van seksuele betrekkingen met een tiener ondanks een groot leeftijdsverschil, wordt door het openbaar ministerie en de rechter dikwijls gezien als dergelijk misbruik van overwicht in de zin van art. 248a Sr. Het grote leeftijdsverschil kan voorts worden aangegrepen om de seksuele handelingen in het kader van art. 248a Sr ontuchtig te achten.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat complexe keuzes bij het bepalen van de leeftijdsgrenzen soms wel degelijk zijn voorzien van een duidelijke toelichting door de wetgever, zoals de ophoging van de leeftijdsgrens in art. 240b Sr (kinderpornografie) van zestien jaar naar achttien jaar. Door die ophoging is de situatie ontstaan dat een zeventienjarige in beginsel vrij moet worden geacht een seksuele relatie aan te gaan met een volwassene, maar niet vrij is om binnen die seksuele relatie afbeeldingen van zichzelf te maken. Deze situatie vindt volgens de wetgever haar rechtvaardiging hierin dat het bij art. 240b Sr niet alleen gaat om het spanningsveld tussen vrijheid en bescherming met betrekking tot de minderjarige zelf; pornografische afbeeldingen van minderjarigen kunnen ook schadelijk zijn voor kinderen in het algemeen. In de ogen van de wetgever biedt het opportuniteitsbeginsel voldoende mogelijkheden om niet-strafwaardige gevallen buiten schot te houden, bijvoorbeeld vrijwillig gemaakte afbeeldingen voor eigen gebruik.[77]

Uit de voor deze studie gehouden interviews komt naar voren dat de verschillende leeftijdsgrenzen in de zedentitel door veel respondenten als knelpunt worden ervaren, mede in verband met het onduidelijke bestanddeel 'ontucht'.[78] Wettelijke uitsplitsingen worden gekarakteriseerd als onnodig complex (bijvoorbeeld art. 244, 245 en 247 Sr) en maken een inconsistente indruk (zoals art. 240b en art. 248a Sr ten opzichte van art. 245 en 247 Sr). Opvallend is wel dat zeer verschillend wordt gedacht over de legislatieve gevolgen die hieraan moeten worden verbonden. De ene respondent acht de tijd rijp om leeftijd van seksuele meerderjarigheid te verlagen, terwijl de andere respondent zich kan voorstellen dat de seksuele meerderjarigheid juist moet worden opgehoogd naar achttien jaar.

4.5.3.3 Conclusie

In paragraaf 4.4.2 is de wetsterm 'ontucht' geëvalueerd, waarbij al werd opgemerkt dat de manier waarop tegen deze wetsterm wordt aangekeken, samenhangt met opvattingen over de leeftijdsgrenzen in de zedentitel.[79] Tevens werd in dat verband tot de conclusie gekomen dat de vraag of ons systeem van ontuchtigheid en leeftijdsgrenzen 'deugt', in hoge mate een rechtspolitiek

---

77 Zie voor nadere details: paragraaf 2.4.2.3.
78 Zie hierover onder meer de suggesties #22, #31-35, #45-46 en #61-67 in hoofdstuk 3.
79 Een uitgebreidere bespreking van het begrip 'ontucht' is te vinden in paragraaf 2.3.

vraagstuk is dat zich in de onderhavige studie niet laat evalueren. Wat adequate strafwetgeving is, wordt in deze context immers voor de groot deel bepaald door de eigen opvattingen over de verhouding tussen bescherming en vrijheid, en over de manier waarop dat moet doorwerken in de bestanddelen. Men kan de voorkeur geven aan helderheid ten koste van flexibiliteit (bijvoorbeeld door het hanteren van de term 'seksuele handelingen' en zo weinig mogelijk verschillende leeftijdsgrenzen) of de voorkeur geven aan flexibiliteit ten koste van helderheid (bijvoorbeeld door het hanteren van de term 'ontucht' in combinatie met leeftijdsgrenzen die op de afzonderlijke situaties zijn toegesneden).

Ondanks het voorgaande, is in paragraaf 4.4.2 tot de conclusie gekomen dat een herijking van het bestanddeel 'ontucht' lijkt aangewezen, in verband de hardnekkige onzekerheden over dat bestanddeel, vooral in relatie tot het seksueel verkeer tussen jeugdigen onderling. In het verlengde daarvan ligt het in onze ogen in de rede dat daarbij ook wordt gekeken naar de indeling van de leeftijdsgrenzen in de zedentitel. De afgelopen vijftien jaar zijn er veel uitzonderingen gemaakt op het uitgangspunt van seksuele vrijheid vanaf de leeftijd van zestien jaar, terwijl die trend zich lijkt door te zetten. Natuurlijk zal over de vraag wat in dezen de juiste normstellingen zijn, met name in de politieke arena verschillend worden gedacht. Maar verwacht mag worden dat wel kan worden gekomen tot een algemeen theoretisch kader met betrekking tot de leeftijdsgrenzen. Een dergelijk kader ontbreekt op dit moment[80], waardoor het niet alleen moeilijker is geworden de seksuele vrijheid van zestien- en zeventienjarigen te wegen, maar ook die van jeugdigen die net iets jonger zijn. Een toename in de bescherming van zestien- en zeventienjarigen zou er immers op kunnen duiden dat jongere jeugdigen volgens de wetgever a fortiori meer beschermd moeten worden, desnoods tegen zichzelf. Maar evengoed kan de genoemde trend samengaan met een liberale opvatting over vrijwillig seksueel verkeer tussen jeugdigen onderling.

Tot slot moet hier worden benadrukt wat in paragraaf 4.2 aan de orde is gesteld, namelijk dat seksuele delicten tegen jeugdigen her en der verspreid staan in de zedentitel en dat uitsplitsingen inderdaad niet overal consistent zijn doorgevoerd. Het is onze indruk dat dit sterk bijdraagt aan de ervaren complexiteit van het systeem van leeftijdsgrenzen in het zedenrecht.

4.5.4 Schuldverbanden

4.5.4.1 Inleiding

In paragraaf 2.4.3 is uitgebreid ingegaan op de verschillende schuldverbanden in de zedenbepalingen die jeugdigen beschermen. Daarbij werd duidelijk dat deze schuldverbanden op zeer uiteenlopende wijze zijn vormgegeven.

80 Typerend hiervoor is de overweging van de minister die is weergegeven op p. 94; vgl. de opmerkingen daarover onzerzijds in voetnoot 170 van hoofdstuk 2.

De belangrijkste tweedeling die in dit verband kan worden gemaakt, wordt bepaald door de aan- of afwezigheid van een uitdrukkelijk schuldverband ten aanzien van de leeftijd van de jeugdige. In art. 240a, 248a, 248c, 248d Sr, 248e Sr, 248f en 250 lid 1 onder b° Sr wordt uitdrukkelijk opzet of culpa geëist met betrekking tot de leeftijd, terwijl een dergelijk geëxpliciteerd schuldverband ontbreekt in art. 240b, 244, 245, 247, 248b, 249 en 250 lid 1 onder a° Sr. Terwijl dus vaststaat dat de leeftijd van de jeugdige bij de eerstgenoemde reeks delictsomschrijvingen niet is geobjectiveerd, is het de vraag of die leeftijd bij de laatstgenoemde reeks wel is geobjectiveerd.

De wetsgeschiedenis biedt weliswaar aanknopingspunten voor de stelling dat de leeftijd in de tweede reeks delicten als geobjectiveerd moet worden beschouwd, maar echt duidelijk heeft de wetgever dat bij de introductie van de betreffende delicten nooit gesteld. Het is de Hoge Raad die hier de knopen heeft doorgehakt en, zich mede baserend op de kennelijke bedoeling van de wetgever, de leeftijd als geobjectiveerd heeft bestempeld.[81] Aldus kan de conclusie luiden dat de leeftijd van de jeugdige in de zedentitel, globaal gezegd, in de helft van de gevallen niet geobjectiveerd en in de helft van de gevallen wel.

De Hoge Raad heeft voorts aangegeven dat de verdachte ook ingeval de leeftijd is geobjectiveerd, nog altijd een beroep toekomt op de strafuitsluitingsgrond ‘afwezigheid van alle schuld’ (avas).[82] Daarbij heeft hij evenwel aangetekend dat de inhoud van avas niet voor elk delict identiek is, en dat moet worden gekeken naar de aard en de strekking van de betreffende strafbepaling. Volgens de Hoge Raad beogen de onderhavige delictsomschrijvingen aan jeugdigen een hoge mate van bescherming te bieden, zelfs tegen de verleiding die van de jeugdigen zelf kan uitgaan. Tegen die achtergrond zou, aldus de Hoge Raad, het doel van die bepalingen worden gemist indien voor het honoreren van avas al voldoende zou zijn dat de jeugdige een ouder voorkomen heeft en dat deze, gevraagd naar de leeftijd, een hogere opgeeft dan de werkelijke. Het feit dat de leeftijd in een zedendelict geobjectiveerd is, lijkt dus mee te brengen dat voor straffeloosheid alleen plaats is wanneer aan een zware zorgplicht is voldaan.

Uit recente jurisprudentie is op te maken dat deze hoge eisen worden gehandhaafd door de feitenrechter.[83] Afgaand op de gepubliceerde jurisprudentie zijn geslaagde avas-verweren inderdaad een zeldzaamheid (in de beschikbare jurisprudentie sinds 1886 zijn er slechts twee honoreringen aangetroffen).[84] Bij de verwerping van avas-verweren wordt bijvoorbeeld gewezen op

81 Voor zover kon worden nagegaan heeft de Hoge Raad nog niet geoordeeld over art. 248b en 250 lid 1 onder a° Sr, maar de argumenten die de Hoge Raad bij de andere delicten heeft aangevoerd ter ondersteuning van het aannemen van een geobjectiveerde leeftijd, passen ook goed bij deze twee bepalingen. Zie hierover nader: paragraaf 2.4.3.3.

82 Zie voor nadere details: paragraaf 2.4.3.3.

83 Zie voor nadere details en bronnen: paragraaf 2.4.3.4.

84 Rb. Rotterdam 24 november 1960, *NJ* 1961/400 en Rb. Alkmaar 25 maart 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BM2844. Opmerkelijk detail in de Rotterdamse zaak uit 1960 (art. 247 Sr) is dat de rechtbank met inachtneming van de Leeftijdsarresten toch geen verwijtbaarheid aannam omdat de rechtbank ook uit eigen waarneming had vernomen dat de

het feit dat de verdachte heeft nagelaten een legitimatiebewijs van de betrokkene in te zien om deze op de leeftijd van de betrokkene en op echtheid te controleren.[85]

4.5.4.2 Waarom wel en niet geobjectiveerde leeftijden?

Zoals gezegd is in ongeveer de helft van de onderhavige zedendelicten de leeftijd van de jeugdige geobjectiveerd. Dat de wetgever dit bij de invoering van deze delicten zelf nooit uitdrukkelijk heeft onderstreept, is er waarschijnlijk ook de oorzaak van dat geen goede verklaring voorhanden is voor de opvallende tweedeling in de zedentitel (wel en niet geobjectiveerde leeftijden).

Bij de implementatie van het Verdrag van Lanzarote is de minister wel gevraagd waarom in de daarbij in te voeren art. 248d Sr (seksueel corrumperen) en 248e Sr (grooming) de leeftijd niet was geobjectiveerd.[86] Onder meer het openbaar ministerie had daarnaar geïnformeerd, omdat, in de ogen van het OM, de praktijk uitwees dat het bewijzen van 'weten' of van 'redelijkerwijs moeten vermoeden' van de leeftijd soms problematisch was. De minister antwoordde dat aansluiting was gezocht bij andere bepalingen waarin de leeftijd niet was geobjectiveerd, zoals art. 248a Sr. Voorts gaf de minister aan dat hij het verschil tussen delicten waarin de leeftijd wel en delicten waarin de leeftijd niet is geobjectiveerd, niet beduidend groot achtte.

De eerste opmerking van de minister zegt weinig over het gehanteerde onderscheid, terwijl de tweede opmerking vragen oproept over de wijze waarop de minister het leerstuk van de culpa duidt. Zo vindt Machielse dat de minister hier niet goed het verschil inschat tussen culpa (die voor een veroordeling bij niet-geobjectiveerde leeftijden ten minste moet worden bewezen) en avas (die voor een veroordeling bij geobjectiveerde leeftijden moet kunnen worden afgewezen).[87] Het lijkt er inderdaad op dat de minister van mening is dat de schuldgraad die nodig is om avas in deze context af te wijzen, in beginsel voldoende substantie heeft om culpa aan te nemen. Dat komt ook ons onjuist voor. Wel kan de opmerking van de minister de rechter inscherpen dat hij de eisen van de culpa niet te streng invult.[88]

---

jeugdige – die als getuige was gehoord – er uitzag als een vrouw en niet als iemand jonger dan zestien jaar. In de Alkmaarse zaak uit 2010 achtte de rechtbank in het kader van art. 240b Sr aannemelijk dat het toeval was dat een oude film met enkele kinderpornografische scènes zich tussen de duizenden andere (normale) films en foto's van verdachte bevond. Ten slotte kan worden opgemerkt dat de rechter de verwijtbaarheid met betrekking tot de leeftijd van het slachtoffer soms ook anders verwerkt. Zo liet de rechter in Rb. Zwolle-Lelystad 4 augustus 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU3284 bij de beoordeling van 'ontucht' en van de daarmee samenhangende vraag of sprake is van een 'gering leeftijdsverschil' meewegen dat de verdachte enigszins gegronde aanleiding had om te veronderstellen dat het slachtoffer zestien jaar was, terwijl zij in werkelijkheid veertien jaar was (in min of meer gelijke zin: Rb. Overijssel 11 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1407).

85 Vgl. Rb. Zutphen 18 januari 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BP1182; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3782.

86 Zie hierover paragraaf 2.4.3.6.

87 Zie hierover paragraaf 2.4.3.6.

88 Zie p. 124 e.v. voor de wijze waarop dat gestalte zou kunnen krijgen.

In ieder geval bieden de opmerkingen van de minister nog geen duidelijke verklaring voor het onderscheid tussen wel en niet geobjectiveerde leeftijden, terwijl dat onderscheid de systematiek binnen seksuele delicten tegen jeugdigen compliceert. Uit de voor deze studie gehouden interviews is gebleken dat ook veel respondenten deze verschillen verwarrend vinden.[89]

4.5.4.3 Wat is wenselijk?

In de interviews komt tevens naar voren dat de wettekst volgens sommige respondenten beter zou moeten uitdrukken dat de leeftijden zijn geobjectiveerd. In de ogen van een betrekkelijk groot aantal respondenten verdient het zelfs de voorkeur om in meer, zo niet in alle delictsomschrijvingen de leeftijd van de jeugdige te objectiveren. Dat zou niet alleen de systematiek verbeteren, maar ook de bescherming van de jeugdigen.[90]

Ons eigen onderzoek in hoofdstuk 2 stelt ons maar in beperkte mate in staat om deze voorstellen van de respondenten te evalueren.

Wij kunnen in elk geval onderschrijven dat het goed zou zijn wanneer de wettekst beter dan nu zou uitdrukken dat bepaalde leeftijden zijn geobjectiveerd. Gelet op de structuur van de delictsomschrijvingen, lijkt daar ook nog op eenvoudige wijze winst te behalen. In art. 248b en 249 Sr gaat de werkwoordsvorm 'ontucht plegen' (waarin het opzet ligt besloten) nog steeds aan de leeftijdsaanduiding vooraf. Het strafrechtelijk uitgangspunt is dat het opzet betrekking heeft op alle bestanddelen die op de uitdrukking van dat opzet volgen. Gelet op dit uitgangspunt lijkt het opzet in art. 248b en 249 Sr ook de leeftijd van de jeugdige te omvatten, terwijl uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat de leeftijd is geobjectiveerd. Wanneer in art. 248b en 249 Sr de woordvolgorde zou worden gevolgd die in art. 243, 244, 245 en 247 Sr wordt aangehouden (de leeftijd gaat daar aan de uitdrukking van het opzet vooraf), dan zou dat al de nodige twijfels kunnen voorkomen. Wel zij hier opgemerkt dat ons materieelrechtelijke systeem ook zijn beperkingen heeft. De zojuist geschetste verbetering kan voor de jurist van betekenis zijn, maar voor de burger heeft zij waarschijnlijk weinig waarde. Wij kennen niet de wettelijke uitsplitsingen en toelichtingen aangaande het schuldverband, zoals bijvoorbeeld Engeland die kent in de Sexual Offences Act 2003.[91]

---

89 Zie de suggesties #37, #51-53, #83-84 en #96 in hoofdstuk 3, met bijbehorende interviewfragmenten.

90 Zie de bronnen genoemd in de vorige voetnoot.

91 Zie bijvoorbeeld het eerste lid van *Section 9:*
(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—
  (a) he intentionally touches another person (B),
  (b) the touching is sexual, and
  (c) either—
    (i) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or
    (ii) B is under 13.

Of het aanbeveling verdient om alle leeftijden in de zedentitel te objectiveren, zoals door menig respondent is voorgesteld, is niet zozeer een vraag van systematische aard (het systeem zou evengoed vereenvoudigd kunnen worden door in alle gevallen opzet of culpa te vereisen), maar vooral een van rechtspolitieke aard. In dat opzicht onttrekt deze kwestie zich aan onze beoordeling. Wel merken wij in dit verband het volgende op. Dit houdt vooral verband met de begrijpelijkheid en scherpte van de normstellingen.

Delictsomschrijvingen met een geobjectiveerde leeftijd lijken in het thans geldende systeem verstrekkende gevolgen te hebben voor de burger. Wanneer de burger (i) op bestanddeelniveau alleen hoeft te hebben beseft dat zijn gedraging seksueel van aard was[92] en hij (ii) vervolgens wordt geconfronteerd met de afwijzing van zijn beroep op avas omdat hij niet om een legitimatiebewijs heeft gevraagd om dat op inhoud en echtheid te controleren, dan zou dit in veel gevallen de facto neerkomen op een risicoaansprakelijkheid. Het lijkt immers in het huidige tijdsgewricht weinig reëel dat, bijvoorbeeld, oudere adolescenten zich in het uitgaansleven stelselmatig aan een dergelijk strenge onderzoeksplicht houden en zich toch sociaal staande weten te houden.

Wij willen hiermee niet aangeven dat de huidige invulling van avas niet de juiste is en evenmin dat het beter zou zijn wanneer alle relevante zedendelicten ten minste culpa met betrekking tot de leeftijd zouden eisen. Het gaat ons allereerst om de verhouding tussen, enerzijds, de kennelijk zeer geringe schuldgraad die nodig is voor een veroordeling ter zake van een delict waarvan de wettelijke omschrijving moeilijk te begrijpen is, en anderzijds het zware stigma dat hier met een veroordeling gepaard gaat. Het komt ons voor dat een dergelijke normstelling in het strafrecht zo mogelijk moet worden vermeden.[93] Natuurlijk kan het zo zijn dat de wetgever, alles afwegende, per saldo toch meent te moeten kiezen voor een dergelijk strenge verhouding. Daarmee is dan in ieder geval de democratische legitimatie van die vergaande aansprakelijkheid gegeven. Maar die legitimatie – en dat is ons eigenlijke punt – lijkt in het huidige systeem te weinig zichtbaar. Het systeem is in belangrijke mate door de Hoge Raad stapsgewijs uit de wettekst en wetsgeschiedenis afgeleid. Dat de wetgever hiervan op de hoogte is en niet heeft ingegrepen, is in onze ogen onvoldoende uitdrukkelijke legitimatie. Opvallend in dit verband is dat ten aanzien van de thans voorgenomen strafbaarstelling van de klanten van jongvolwassen prostituees (18-21 jaar) de politiek veel belangstelling toont voor de vraag in hoeverre van die klant mag worden verwacht dat hij de werkelijke leeftijd van de prostituee achterhaalt.[94]

Dit alles leidt voor ons dan ook tot de conclusie dat voor de samenhang tussen de betreffende delictsomschrijvingen en voor de normstellingen die daaraan zijn verbonden (zowel op bestanddeelniveau als op het niveau van de

---

92 Volledigheidshalve zij vermeld dat dit weliswaar de gangbare opvatting lijkt weer te geven, maar dat volgens ons onder omstandigheden aan dit uitgangspunt kan worden getwijfeld. Zie daarover paragraaf 2.3.4.5.

93 Zie Ashworth 2013 voor fundamentele kritiek op dergelijke normstellingen.

94 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 885, nr. 5, p. 5 e.v. en *Kamerstukken II* 2014/15, 33 885, nr. 7, p. 6 e.v.

strafuitsluitingsgrond avas) het hoe dan ook goed zou zijn wanneer de wetgever zich over het systeem van de schuldverbanden en over de inhoud van de strafuitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' zou uitspreken.

4.5.5 Hands-off contact

4.5.5.1 Inleiding

In paragraaf 4.4.4 is ingegaan op de vraag in hoeverre duidelijk is wanneer sprake kan zijn van een zedenmisdrijf zonder dat lichamelijk contact tussen verdachte en slachtoffer heeft plaatsgevonden. Die vraag werd daar beschouwd in het kader van de bestanddelen 'ontucht' of 'ontuchtige handelingen' in samenhang met de bestanddelen 'plegen met', 'plegen' en 'dulden'. Hierna wordt de genoemde vraag opnieuw uitvoerig behandeld, maar dan vanuit het perspectief van de seksuele delicten tegen jeugdigen. Dat brengt een beperking en een verruiming met zich mee. De beperking houdt verband met het specifieke thema; in deze paragraaf gaat het enkel om seksuele delicten die tegen jeugdigen worden gepleegd. De verruiming is erin gelegen dat niet langer alleen de bestanddelen 'ontucht', 'ontuchtige handelingen', 'plegen met', 'plegen' en 'dulden' centraal staan. De voorliggende vraag is ruimer; beschouwd wordt in hoeverre in de zedenwetgeving voldoende duidelijk is onder welke bepalingen seksueel (getint) contact met een jeugdige zonder lichamelijke aanraking – zogenoemd *hands-off* contact – kan worden gebracht.

4.5.5.2 Art. 247, 248a en 248d Sr

Art. 247 Sr raakt onder meer het plegen van ontuchtige handelingen met een jeugdige jonger dan zestien jaar. Dit delict wordt bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal zes jaar:

> Artikel 247 Sr
> Hij die (…) met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt (…) wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

Zoals in paragraaf 4.4.4 is besproken[95], hanteert de Hoge Raad bij het genoemde bestanddeel 'ontucht plegen met' een interactiecriterium voor gevallen waarbij er geen lichamelijk contact was tussen de verdachte en het slachtoffer. Voorts bleek dat de feitenrechter in dergelijke gevallen soms gebruikmaakt van een nog ruimer criterium, namelijk of de gedraging van de verdachte in strijd kan worden geacht met de sociaal-ethische norm (dit criterium toets dus alleen de ontuchtigheid van de handeling zelf en niet de bijkomende kenmerken van 'plegen *met*').

Deze criteria zorgen voor een moeilijke afgrenzing met art. 248a Sr (maximaal vier jaren gevangenisstraf):

[95] Daarbij werd teruggegrepen op de bevindingen uit paragraaf 2.3.5.

> Artikel 248a Sr
> Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Het vervullen van de delictsomschrijving van art. 248a Sr (het bezigen van bijzondere middelen waardoor de jeugdige wordt bewogen ontuchtige handelingen te verrichten) impliceert immers dat, ten eerste, de nodige interactie heeft plaatsgevonden tussen de verdachte en het slachtoffer ('bewegen'), en, ten tweede, dat de gedraging in strijd kan worden geacht met de sociaalethische norm. Webcamcontact waarbij de verdachte allerlei beloftes doet op grond waarvan de jeugdige voor de webcam seksuele handelingen met zichzelf verricht, is enerzijds dus een typisch geval van art. 248a Sr (maximaal vier jaren), maar in de sleutel van de genoemde criteria evengoed een geval van art. 247 Sr (maximaal zes jaren). Hiertegenover staat nog steeds de kennelijke opvatting van de wetgever dat art. 247 Sr juist geen betrekking heeft op gevallen zonder lichamelijk contact. Uit de interviews en de wetgevingsnotitie blijkt dat de grenzen tussen art. 247 Sr en art. 248a Sr ook door officieren van justitie als onduidelijk worden ervaren.[96]

Een afgrenzing die nog ingewikkelder is, kan worden geïllustreerd aan de hand van een nieuw voorbeeld over webcamcontact. Het gaat nu om het geval dat de verdachte de jeugdige beweegt via de webcam te kijken naar seksuele handelingen die de *verdachte* met zichzelf verricht.

Is dit 'ontucht plegen met' de jeugdige in de zin van art. 247 Sr? Uit de parlementaire stukken blijkt zoals gezegd dat dit volgens de wetgever niet het geval is. Wat de Hoge Raad betreft, geeft zijn jurisprudentie over het interactiecriterium onvoldoende helderheid om hierop een duidelijk antwoord te geven (niet blijkt of interactie die ertoe leidt dat de jeugdige wordt bewogen naar iets te kijken, ook voldoende *relevante* interactie is). Opvallend is in ieder geval dat, wanneer enkel de mate van interactie beslissend is, een dergelijk geval zeer wel onder het bereik van art. 247 Sr is te brengen. De feitenrechtspraak laat dit al zien; het op een dergelijke manier betrekken van het kind bij eigen seksuele handelingen, is als 'ontucht plegen met' de jeugdige beschouwd.[97]

Wat is dan de positie van art. 248a Sr bij dit voorbeeld? Hoewel art. 248a Sr weliswaar een zeer passende bepaling zou kunnen worden gevonden (er is bijvoorbeeld gebruikgemaakt van allerlei beloftes), kan men er niet omheen dat de tekst van art. 248a Sr verschil maakt tussen het door het slachtoffer

[96] Zie de interviewfragmenten bij herzieningssuggestie #29 (hoofdstuk 3) en voorts p. 712 e.v. (Notitie OM 2014, opgenomen in bijlage 3).

[97] Zie p. 83 e.v.

plegen van ontuchtige handelingen (in algemene zin) en het door het slachtoffer *dulden* van ontuchtige handelingen *van hem* (van de verdachte). De wetgever heeft deze woorden ('van hem') laten staan tijdens een wetgevingsoperatie waarin duidelijk werd gemaakt dat dergelijke voorzetsels ('*met*') uitdrukken dat lichamelijk contact wordt vereist. Klaarblijkelijk is dus niet zomaar aan te nemen dat iets 'dulden *van*' de verdachte, volgens de wetgever ook mogelijk is zonder lichamelijk contact. Tegelijkertijd kan het oordeel natuurlijk ook worden opgehangen aan het interactiecriterium van de Hoge Raad, waarmee art. 248a Sr wel van toepassing kan zijn op het voorbeeld. Uit de feitenrechtspraak blijkt dat dit thema niet wordt geproblematiseerd: iets 'dulden *van*' de verdachte in de zin van art. 248a Sr is ook van toepassing geacht bij webcamgevallen.[98]

Wordt uitgegaan van de ruime opvatting in de rechtspraak – de gedraging valt dan onder beide bepalingen – dan valt op dat het eenvoudiger is de gedraging te vervolgen op grond van art. 247 Sr (zes jaren) dan op grond van art. 248a Sr (vier jaren). De bestanddelen van art. 248a Sr eisen immers dat vast komt te staan dat een van de daarin genoemde beïnvloedingsmiddelen is gebruikt en dat de jeugdige daardoor is bewogen de handelingen te dulden. Die eisen missen in art. 247 Sr; in het huidige perspectief hoeft enkel te worden aangenomen dat de handeling in strijd is met de sociaal-ethische norm en een bepaalde mate van interactie aanwezig was, of, kijkend naar bepaalde feitenrechtspraak, louter dat de handeling in strijd is met de sociaal-ethische norm.

Wij gaan door met hetzelfde voorbeeld: de verdachte beweegt een jeugdige via de webcam te kijken naar seksuele handelingen die de verdachte met zichzelf verricht.

Zojuist is vastgesteld dat het mogelijk lijkt een dergelijk geval op grond van de criteria van de Hoge Raad onder het bereik van art. 247 (zes jaren) en 248a Sr (vier jaren) te brengen, en dat de feitenrechter dit ook al meer dan eens heeft gedaan. Tegen deze achtergrond kan vervolgens worden gekeken naar de delictsomschrijving van art. 248d Sr:

> Artikel 248d Sr
> Hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, met ontuchtig oogmerk ertoe beweegt getuige te zijn van seksuele handelingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

Uit deze delictsomschrijving blijkt dat gevallen zoals het onderhavige voorbeeld niet alleen aan art. 248d Sr lijken te beantwoorden, maar ook het beste daarbij lijken te passen (een jeugdige ertoe bewegen getuige te zijn van seksuele handelingen). Hoewel het dus goed past bij een delict dat wordt bedreigd met maximaal twee jaren gevangenisstraf, is het ogenschijnlijk tevens zonder noemenswaardige drempels te brengen onder delicten met een aanzienlijk

98 Zie p. 136 e.v.

hoger strafmaximum: vier jaren (art. 248a Sr) en zes jaren (art. 247 Sr). Dat is op zichzelf al opmerkelijk. Maar ook hier doen zich nog bijzondere complicaties voor.

Ten eerste vereist art. 248d Sr dat de dader een 'ontuchtig oogmerk' heeft. Deze hoge graad van opzet ontbreekt in art. 247 en 248a Sr. De (in termen van strafmaxima) zwaardere delicten in art. 247 Sr en art. 248a Sr zijn in dat opzicht dus eenvoudiger te bewijzen dan het lichtere delict in art. 248d Sr. Uit de rechtspraak blijkt dat sommige feitenrechters voor het bewijs van 'ontuchtig oogmerk' inderdaad een hoge bewijsdrempel hanteren.[99] Sommige andere feitenrechters doen dit overigens niet; dat komt zo dadelijk nader aan de orde.

Ten tweede speelt bij art. 248d Sr het probleem dat de feitenrechter dit delict zonder meer koppelt aan feiten die via digitale media zijn gepleegd (zoals een webcam)[100], terwijl bij deze invulling vraagtekens kunnen worden gezet op grond van de wetsgeschiedenis. Uit die geschiedenis blijkt duidelijk dat de wetgever art. 248d Sr wilde beperken tot het getuige zijn van 'reële handelingen'. De context waarin dit is overwogen wekt tevens sterk de indruk dat hiermee is bedoeld: seksuele handelingen die plaatsvinden in aanwezigheid van de jeugdige (en dus niet op afstand via een beeldverbinding).[101]

Het voorgaande leidt tot de volgende conclusies, bezien vanuit de ruime invulling van art. 247 en 248a Sr. Worden aan het bewijs van 'ontuchtig oogmerk' geen hoge eisen gesteld (ook dat komt zoals gezegd voor in de feitenrechtspraak) en wordt voor mogelijk gehouden dat de jeugdige ook via een webcam van de handelingen 'getuige is' in de zin van art. 248d Sr (dit is het uitgangspunt in de feitenrechtspraak), dan lijkt tussen de bewijsdrempels van art. 247 en 248a Sr enerzijds en art. 248d Sr anderzijds niet zo veel verschil te bestaan. Wordt in het kader van art. 248d Sr echter gelet op de hoge drempel van 'ontuchtig oogmerk' en op de kennelijke bedoeling van de wetgever ten aanzien van 'reële handelingen', dan is het gegeven webcamvoorbeeld zelfs eenvoudiger te brengen onder de zwaardere delicten in art. 247 en 248a Sr, dan onder art. 248d Sr.

Ten slotte past bij dit alles nog de volgende opmerking. Bij de bespreking van de verhoudingen tussen art. 247, 248a en 248d Sr is telkens uitgegaan van een voorbeeld dat betrekking had op webcamcontact. Dat maakte het eenvoudiger om bijzonderheden met betrekking tot contact via digitale media in te vlechten in de bespreking. Het is echter belangrijk te benadrukken dat de verwarrende verhoudingen tussen art. 247, 248a en 248d Sr evenzeer gelden voor *hands-off* contact tussen de verdachte en de jeugdige die zich in elkaars aanwezigheid bevinden. Ook in die context zorgen de ruime criteria voor grotendeels dezelfde nadelige effecten op het gebied van samenhang en normstelling.

---

99 Zie p. 154 e.v. Vgl. voorts de interviewfragmenten bij herzieningssuggestie #97 in hoofdstuk 3.

100 Zie p. 160 e.v.

101 Zie p. 148 e.v.

4.5.5.3 Art. 248d, 240a en 239 Sr

Bezien vanuit de strafmaxima zakt onze blik nu iets af, van de zwaardere zedendelicten naar de wat lichtere zedendelicten. Nu wordt niet meer gekeken naar de trits art. 247 Sr (zes jaren), art. 248a Sr (vier jaren) en art. 248d Sr (twee jaren), maar naar de trits art. 248d Sr (twee jaren), art. 240a Sr (het vertonen van schadelijke afbeeldingen aan jeugdigen; één jaar) en art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid; drie maanden). Art. 248d Sr blijft dus relevant.

> Artikel 248d Sr
> Hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, met ontuchtig oogmerk ertoe beweegt getuige te zijn van seksuele handelingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 240a Sr
> Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft hij die een afbeelding, een voorwerp of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar, verstrekt, aanbiedt of vertoont aan een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar.
>
> *Artikel 239 Sr*
> Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:
> 1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;
> 2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de
> leeftijd van zestien jaar;
> 3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is.

Ook het leidende voorbeeld wordt iets gewijzigd. Vanaf nu gaat het om een verdachte die webcamcontact heeft met een jeugdige en deze jeugdige vervolgens confronteert met seksuele handelingen die de verdachte met zichzelf verricht (het verschil met het eerdere voorbeeld is dus dat de jeugdige tot het toekijken niet per se is *bewogen* in de zin van 'overreden').

Allereerst doet dit voorbeeld de vraag rijzen of de jeugdige wel tot het toekijken is 'bewogen' in de zin van art. 248d Sr. Het voorbeeld is zo gekozen dat het 'confronteren' vaststaat, maar dat niet goed blijkt of de jeugdige tot het toekijken is overgehaald.

Uit de wetsgeschiedenis van art. 248d Sr zou kunnen worden afgeleid dat 'ertoe bewegen' in de zin van dat artikel, impliceert dat sprake is van psychische causaliteit; dat de jeugdige tot het toekijken moet hebben besloten op grond van beïnvloeding van de verdachte (in de zin van 'overhalen'; 'overre-

den').[102] Uit de feitenrechtspraak blijkt echter dat de rechter deze eis op geen enkele manier stelt.[103] Wel kan in deze feitenrechtspraak een beperkte en een ruime opvatting worden gevonden. In uitspraken met een beperkte opvatting blijkt dat op specifieke wijze de aandacht van de jeugdige moet zijn getrokken; er moet een duidelijk contact-maken zijn aan te wijzen. In de ruime opvatting is daarentegen ook sprake van 'ertoe bewegen' wanneer de jeugdige onverhoeds met de seksuele handelingen wordt geconfronteerd. 'Ertoe bewegen' is zelfs van toepassing geacht in een situatie waarin de jeugdige zelf om de seksuele handelingen had verzocht.

Hieruit blijkt dat het onderhavige voorbeeld op grond van de wetsgeschiedenis wellicht zou moeten leiden tot vrijspraak, maar in de feitenrechtspraak toch wordt aangemerkt als 'ertoe bewegen' in de zin van art. 248d Sr (er is duidelijk contact gemaakt). Ook in het concrete geval van webcamcontact is dit in de feitenrechtspraak terug te vinden.[104] Dit brengt ons bij de volgende vergelijking.

Uit de feitenrechtspraak kan worden afgeleid dat het onderhavige voorbeeld (kort gezegd: een jeugdige via de webcam confronteren met seksuele handelingen) niet alleen leidt tot veroordelingen op grond van art. 248d Sr (twee jaren), maar ook tot veroordelingen op grond van art. 240a Sr (één jaar) en art. 239 Sr (drie maanden).[105]

Dat zou geen bevreemding wekken wanneer ervan wordt uitgegaan dat het voorbeeld een typisch geval van art. 248d Sr weergeeft. Dan zou de gedachte kunnen zijn: het meerdere (art. 248d Sr) omvat soms ook het mindere (art. 240a en 239 Sr). Maar zo eenvoudig is het niet. Het voorbeeld is reeds op grond van de wettekst geen typisch geval van art. 248d Sr te noemen, en zeker niet op grond van de wetsgeschiedenis. In de wetsgeschiedenis lijkt de lat vrij hoog te worden gelegd voor het 'ontuchtig oogmerk' en voor de delictsgedraging 'ertoe bewegen'. Ten slotte is er nog het uitgangspunt van de wetgever dat art. 248d Sr is beperkt tot 'reële handelingen', waarmee, zoals gezegd, lijkt te zijn bedoeld dat webcamgevallen daar niet onder vallen.

Dat de wetgever de lat bij art. 248d Sr niet te laag heeft willen leggen, kan ook blijken uit het feit (i) dat art. 248d Sr is verbonden aan de strafverzwaringsgronden in art. 248 Sr, en art. 240a en 239 Sr niet, (ii) dat art. 248d Sr een geval van voorlopige hechtenis weergeeft[106] en art. 240a en 239 Sr niet, (iii) dat aan art. 248d Sr een hoorrecht voor de jeugdige is verbonden[107] en aan art. 240a en 239 Sr niet, en (iv) dat een veroordeling ter zake van art. 248d Sr een verzwaard regime doet ontstaan in het kader van de Verklaring

102 Zie over deze wetsgeschiedenis: p. 144 e.v.
103 De feitenrechtspraak wordt besproken op p. 154 e.v.
104 Zie p. 160 e.v.
105 Zie paragraaf 2.4.4.6-2.4.4.8.
106 Art. 67 Sv.
107 Art. 167a Sv.

Omtrent het Gedrag[108], en een veroordeling ter zake van art. 240a of 239 Sr niet.

De bedoelde veroordelingen in het kader van art. 248d Sr zijn dus niet licht als 'typisch' voor art. 248d Sr te bestempelen. En dat zet de veroordelingen ter zake van art. 248d, 240a en 239 Sr met betrekking tot een vergelijkbaar feitencomplex in perspectief: er lijkt op de keper beschouwd wederom een naar-elkaar-toe-groeien van bepalingen waarneembaar, met een afstompende uitwerking op de normstellingen. Des te opvallender is deze ontwikkeling wanneer de genoemde zware processuele en maatschappelijke verschillen tussen art. 248d Sr enerzijds en art. 240a en 239 Sr anderzijds in acht worden genomen.

Bij deze conclusies zij wederom aangetekend dat zij voortvloeien uit het gegeven webcamvoorbeeld, maar dat grotendeels dezelfde uitgangspunten en conclusies gelden voor gevallen waarbij de jeugdige in aanwezigheid van de verdachte met seksuele handelingen van de verdachte wordt geconfronteerd.

Met het voorgaande zijn evenwel nog niet de laatste bijzonderheden genoemd in dit verband. Zojuist is al aan de orde geweest dat – niettegenstaande de wetsgeschiedenis – de feitenrechter er geen probleem in ziet om art. 248d Sr toe te passen op gevallen 'op afstand', zoals webcamcontact.

Bij art. 240a Sr zijn de feitenrechters minder eensgezind over het antwoord op de vraag of het delict ook op afstand, bijvoorbeeld via de webcam, kan worden gepleegd. Er zijn veroordelingen wegens dergelijke gevallen (zoals zojuist bleek), maar er zijn ook vrijspraken gegeven onder de overweging dat art. 240a Sr niet is bedoeld voor webcamcontact. In het ene geval wordt dus een live-beeldverbinding als 'afbeelding' in de zin van art. 240a Sr beschouwd en in het andere niet.[109] De wetgever heeft zich hierover nooit specifiek uitgelaten en voor zover bekend is de Hoge Raad hierover in cassatie nog niet bevraagd.

Bij art. 239 Sr zit de spanning niet zo zeer tussen de feitenrechters onderling, maar tussen bepaalde arresten van de Hoge Raad. Net als bij art. 248d Sr, vinden de feitenrechters dat art. 239 Sr ook ziet op webcamgevallen.[110] Hoe de Hoge Raad denkt over deze materie is onduidelijk.[111] Enerzijds heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 239 Sr niet beschermt tegen schennis van de eerbaarheid door middel van 'afbeeldingen'. Anderzijds blijkt dat het bestanddeel 'tegenwoordig zijn' (een vereiste bij niet-openbare schennis) ruim wordt opgevat. Volgens de Hoge Raad is daarvoor niet beslissend of de ander in dezelfde ruimte is als de verdachte, maar of de handeling voor de ander zichtbaar is (dit oordeel had betrekking op het geval dat een naakte man die zich in zijn woonkamer bevond bij het raam, werd waargenomen door zijn overbuur-

108 Zie paragraaf 3.1.1 van de Beleidsregels 2013 voor het beoordelen van aanvragen ter verkrijging van een verklaring omtrent het gedrag van natuurlijke personen en rechtspersonen (*Stcrt.* 2013, 5409).

109 Zie paragraaf 2.4.4.8.

110 Zie p. 141 e.v.

111 *Idem.*

vrouw die voor haar eigen raam stond). De vraag is dus of een live beeldverbinding valt onder de 'afbeelding' die door de Hoge Raad van de reikwijdte van art. 239 Sr werd uitgesloten, of dat deze verbinding moet worden geplaatst in de sleutel van het 'zichtbaar zijn' van op dat moment plaatsvindende handelingen. Het antwoord ontbreekt nog.

In het perspectief van de feitenrechter kan men in ieder geval op afstand toch 'tegenwoordig zijn' in de zin van art. 239 Sr. Verwarrend hierbij is wel dat een dergelijke live-beeldverbinding in de context van art. 240a Sr door sommige rechters als 'afbeelding' wordt aangeduid (zie hiervoor). Hoewel de Hoge Raad 'afbeeldingen' van de reikwijdte van art. 239 Sr heeft uitgesloten, moet dus worden bedacht dat door de feitenrechter thans onder art. 239 Sr bepaalde beelden worden gebracht die bij andere delicten soms 'afbeeldingen' worden genoemd.

4.5.5.4 Art. 248c en 240b Sr

In het kader van de vraagstukken met betrekking tot *hands-off* contact met jeugdigen, zijn ten slotte art. 248c Sr (aanwezig zijn bij een seksshow) en art. 240b Sr (kinderpornografie) relevant:

> Artikel 248c Sr
> Hij die opzettelijk aanwezig is bij het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel bij het vertonen van afbeeldingen van dergelijke handelingen in een daarvoor bestemde gelegenheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 240b Sr
> 1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.
>
> (...)

De te bespreken bijzonderheden betreffen telkens in beginsel alleen de bepaling zelf. De reden dat deze bijzonderheden hier toch als structurele vraagstukken worden gezien, heeft ermee te maken dat zij tekenend zijn voor – en ook bijdragen aan – de complexiteit van 'de digitale context' bij zedendelicten. Die complexiteit is hiervoor al meerdere malen gebleken in het kader van webcamcontacten.

Ook bij art. 248c Sr keert de vraag terug of het delict van toepassing is op gevallen op afstand, bijvoorbeeld via de webcam. Opvallend is dat de wetsge-

schiedenis hier haaks lijkt te staan op de huidige Unierechtelijke verplichtingen.[112]

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 248c Sr blijkt ontegenzeglijk dat het de bedoeling van de wetgever is geweest art. 248c Sr te beperken tot de lijfelijk aanwezige toeschouwers van een seksshow, hetzij aanwezig in de zaal zelf, hetzij aanwezig in een nabije zaal in hetzelfde gebouw met een interne monitorverbinding. Een amendement om art. 248c Sr ook van toepassing te laten zijn op mensen die via internet meekijken naar de liveshow, is besproken maar weer ingetrokken (na de belofte dat art. 248c Sr ook van toepassing zou zijn op de nabije zalen in hetzelfde gebouw). Art. 248c Sr trad in 2002 in werking.

Bijna tien jaar na de inwerkingtreding van art. 248c Sr kwam Richtlijn 2011/93/EU tot stand. Daarin is voor lidstaten ook de verplichting opgenomen het welbewust bijwonen van een 'pornografische voorstelling' waaraan kinderen deelnemen, strafbaar te stellen. Van belang voor de onderhavige kwestie is dat de richtlijn van het begrip 'pornografische voorstelling' een definitie geeft en dat onder deze definitie ook pornografische voorstellingen 'door gebruikmaking van informatie- en communicatietechnologie' vallen. Hiermee lijkt buiten twijfel te staan dat de verplichting van de richtlijn zich ook richt op diegenen die opzettelijk toeschouwer zijn via een live beeldverbinding, iets wat nu juist in 2002 uitdrukkelijk van de werkingssfeer van art. 248c Sr werd uitgesloten.

Bij de implementatie van Richtlijn 2011/93/EU is geen bijzondere aandacht besteed aan de definitie van 'pornografische voorstelling' in de richtlijn. De wetgever was van mening dat het reeds bestaande art. 248c Sr aan de verplichtingen uit de richtlijn voldeed. In de transponeringstabel van de memorie van toelichting staat met betrekking tot de definitie slechts vermeld: *'Volgt uit reikwijdte artikel 248c Sr'*. Dit duidt er niet op dat de wetgever zich bewust is geweest van de fundamentele discrepantie tussen de totstandkomingsgeschiedenis van art. 248c Sr en de definitie van 'pornografische voorstelling' in de richtlijn.

Dat voor de rechter in beginsel een verplichting bestaat tot richtlijnconforme interpretatie, wil hier nog niet zeggen dat daartoe ook de verplichting bestaat in dit concrete geval. Dat is afhankelijk van het perspectief van de wetsuitlegger; voorrang verlenen aan de ruime invulling op grond van de richtlijn kan worden gezien als toegestane extensieve uitleg, maar ook als een uitleg *contra legem*, in welk geval de plicht tot richtlijnconforme interpretatie vervalt.[113]

Los van deze algemene vraag over de stand van het positieve recht, is duidelijk dat niet alleen de wettekst en de totstandkomingsgeschiedenis, maar ook de rechtspraak de rechtszoekende hier op het verkeerde been kan zetten. In de kleine groep gepubliceerde uitspraken over art. 248c Sr zijn slechts twee zaken te vinden op het onderhavige terrein en in beide gevallen spreekt de

112 Zie voor de nadere bespreking hiervan: p. 168 e.v.
113 Zie p. 170.

rechter vrij omdat de verdachte via de webcam had toegekeken en dit blijkens de wetsgeschiedenis buiten het bereik van art. 248c Sr valt. Dit zijn weliswaar beslissingen die voorafgaan aan het ingaan van de verplichtingen uit Richtlijn 2011/93/EU, maar gezien het verborgen gebleven karakter van de besproken elementen uit de richtlijn en het prominente karakter van de nationale totstandkomingsgeschiedenis op dit punt, is goed voorstelbaar dat deze beslissingen zich in de feitenrechtspraak zullen herhalen.

Bij art. 240b Sr (kinderpornografie) is de relevante kwestie wederom gelijksoortig. Concreet gaat het hier om de vraag of live-beelden van kinderpornografische aard ook onder het begrip 'afbeelding' vallen in de zin van art. 240b Sr.[114]

Uit de internationale verplichtingen kan niet zonder meer een verplichting worden afgeleid om live-beelden onder het bereik van de strafbaarstelling van kinderpornografie te brengen. Het komt dus aan op de nationale wetsgeschiedenis.

Vóór 2010 scheen de onderhavige vraag in dat opzicht nog betrekkelijk eenvoudig te beantwoorden: uit de parlementaire stukken kon worden afgeleid dat het bij art. 240b Sr moest gaan om *vastgelegde* afbeeldingen. Thans ligt de beantwoording evenwel lastiger, door een wijziging in art. 240b Sr in 2010. In dat jaar is de delictsomschrijving van art. 240b Sr verruimd door de toevoeging van de gedraging 'zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang verschaffen tot' kinderpornografische afbeeldingen, of kort gezegd: zich toegang verschaffen tot kinderpornografie.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat enerzijds regelmatig is gesproken over het (zich toegang verschaffen tot een site en daarna) *real time* bekijken van kinderpornografie, iets wat ook het zich toegang verschaffen tot live-beelden zou kunnen omvatten. Anderzijds worden in deze context uitdrukkingen gebezigd als 'op afstand geplaatste bestanden', 'het materiaal' en 'beschikken over kinderpornografische afbeeldingen en deze desgewenst bekijken'. Deze uitdrukkingen lijken ervan uit te gaan dat het nog steeds gaat om opgeslagen afbeeldingen. De mogelijkheid om toegang te verkrijgen tot 'op afstand geplaatste bestanden' wordt zelfs de 'achtergrond van deze aanscherping' genoemd.[115] Vanuit dit perspectief zou de verruiming van de delictsomschrijving zuiver erin gelegen zijn dat het nadien niet meer uitmaakt waar die bestanden zijn opgeslagen; op de eigen computer ('bezitten'), op eigen schijfruimte in de *cloud* ('bezitten' of 'zich de toegang verschaffen) of op een opslagmedium van een ander ('zich de toegang verschaffen').

Voorts wordt in de wetsgeschiedenis weliswaar benadrukt dat 'het bekijken van kinderpornografie als zodanig' ook na de verruiming niet strafbaar is, maar dat lijkt hier weinig richting te kunnen geven. Met die opmerking moest buiten twijfel worden gesteld dat 'zich de toegang verschaffen' een actieve,

114 Zie hierover nader paragraaf 2.4.4.10.

115 Zie voor deze en de volgende citaten p. 174 e.v.

toegang-gerelateerde gedraging vereist, iets wat meer is dan het enkel kijken naar kinderpornografie. Dit zegt nog niets over de aard van de beelden zelf.

In relatie tot deze wetsgeschiedenis valt op dat sommigen zonder meer aannemen dat live-beelden sinds 2010 inderdaad beantwoorden aan het bestanddeel 'afbeelding' in art. 240b Sr. Deze conclusie lijkt bijvoorbeeld te worden getrokken door de Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen in haar eerste rapportage over kinderpornografie. Ook in een eerdere Aanwijzing Kinderpornografie van het openbaar ministerie werd deze conclusie als min of meer vanzelfsprekend gepresenteerd.[116] Bijzonder is echter dat uit de interviews voor deze studie en uit de wetgevingsnotitie van het openbaar ministerie blijkt dat officieren van justitie eraan twijfelen of live-beelden wel onder art. 240b Sr zijn te brengen.[117] Zij vinden wel dat dit nodig is – en zij worden hierin bijgevallen door een advocaat – maar achten de wetsgeschiedenis en de rechtspraak te onzeker om op dit punt conclusies te kunnen trekken.[118] In het kader van deze studie is in de gepubliceerde rechtspraak overigens slechts één relevante uitspraak aangetroffen. Bij een zaak in eerste aanleg in 2013 gaf de rechtbank blijk van het standpunt dat alleen vastgelegde afbeeldingen relevant zijn in het kader van art. 240b Sr.[119]

De onderhavige rechtsvraag zou kunnen worden opgelost door de Hoge Raad de knoop te laten doorhakken. Het probleem is echter dat een bevestigend antwoord fundamentele gevolgen heeft voor de systematiek in de zedentitel en dat aan zowel bevestigende als ontkennende beantwoording de nodige nadelen kleven. Dit is nader besproken in paragraaf 2.4.4.10. Het lijkt dus de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten te gaan eigenhandig systeem aan te brengen in deze kwestie.

4.5.5.5 'Digitale ontucht'

In het voorgaande is ingegaan op enkele structurele vraagstukken met betrekking tot de zedendelicten tegen jeugdigen. Hierbij zijn de nodige effecten waargenomen op het gebied van samenhang, complexiteit en normstelling. Op deze plaats wordt nog kort teruggeblikt op de kwesties die specifiek te maken hadden met de digitale context van het geval. Gebleken is dat het zedenrecht ook op dit punt ingewikkeld en versnipperd is.

Art. 247 Sr wordt door de rechter ook toepasbaar geacht op gevallen van digitaal misbruik, terwijl uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat de wetgever de reikwijdte van art. 247 Sr daarvoor te beperkt acht. Ditzelfde speelt bij art. 248d Sr. Op grond hiervan zou bijvoorbeeld ook kunnen worden verwacht dat art. 248b Sr (jeugdprostitutie) door de rechter eveneens van toepassing wordt geacht op webcamgevallen, terwijl uit parlementaire stukken blijkt dat de wetgever juist het tegenovergestelde uitgangspunt hanteert.

116 Zie eerder, p. 176.
117 Zie wetgevingssuggestie #12 en bijbehorende interviewfragmenten in hoofdstuk 3, en voorts de wetgevingsnotitie van het OM in bijlage 3, p. 716.
118 Zie wetgevingssuggestie #12 en bijbehorende interviewfragmenten in hoofdstuk 3.
119 Zie hiervoor, p. 177.

Voorts worden door de rechter onder art. 248a Sr ook gevallen van 'digitaal exhibitionisme' gebracht die door de wettekst en de wetsgeschiedenis lijken te worden uitgesloten. Bij art. 240a Sr zijn de feitenrechters het niet met elkaar eens over de status van live-beelden via smartphones en computers. In de feitenrechtspraak met betrekking tot art. 239 Sr ligt dit anders; dit wordt algemeen bruikbaar geacht bij 'digitaal exhibitionisme', terwijl de wetsgeschiedenis daarover zwijgt en de jurisprudentie van de Hoge Raad meerduidig is. Bij de bespreking van art. 248c Sr is gebleken dat het kijken naar een live-seksshow via digitale media door de wetsgeschiedenis wordt uitgesloten, maar dat Richtlijn 2011/93/EU tot de strafbaarstelling daarvan lijkt te verplichten. Ten slotte hangt op dit moment de vraag boven de markt of art. 240b Sr van toepassing is op live-beelden, terwijl bevestigende beantwoording van die vraag grote gevolgen heeft voor de systematiek van de zedentitel.

4.5.6 Uitlokken van ontucht met een derde

Wanneer de verdachte een jeugdige beweegt ontuchtige handelingen te plegen, kan dat ook handelingen met een derde betreffen. In hoofdstuk 2 kwam naar voren dat niet kan worden gesproken van 'de wettelijke regeling' in het Wetboek van Strafrecht met betrekking deze gevallen van het uitlokken van ontucht met een derde.[120] De wet stelt deze handelingen op ten minste zeven manieren strafbaar. De eerste zes zijn te vinden in zelfstandige strafbaarstellingen, met uiteenlopende strafmaxima: art. 273f Sr[121] (mensenhandel; vijftien jaren), art. 248f Sr (uitlokken van ontucht met een derde; tien jaren), art. 246 Sr (aanranding; acht jaren), art. 247 Sr (verleiden tot ontuchtige handelingen met een derde; zes jaren), art. 248a Sr (uitlokken van ontucht; vier jaren) en art. 250 Sr (koppelarij; vier jaren in geval van een gezagsrelatie, drie jaren in andere gevallen). De zevende vorm bestaat uit het deelnemen aan een zedendelict tegen een jeugdige, bijvoorbeeld medeplegen of uitlokken. Degene die de jeugdige beweegt tot ontucht met een derde kan bijvoorbeeld nauw hebben samengewerkt met die derde, waardoor sprake zou kunnen zijn van het medeplegen van een zedendelict.

Bij de bespreking in hoofdstuk 2 bleek dat de verhoudingen tussen de zelfstandige strafbaarstellingen moeilijk zijn te doorgronden. Veel gedragingen lijken te worden geraakt door zowel de bepalingen met een hoog strafmaximum als de bepalingen met een aanzienlijk lager strafmaximum, zonder dat duidelijk is bij welke bepaling de gedraging het beste zou passen. Bij het uitlokken van ontucht met een derde is dus een reeks bepalingen relevant waarvan de strafplafonds en onderlinge afbakening de nodige vragen oproepen. In hoofdstuk 3 is gebleken dat ook in de interviews wordt gewezen op de

120 Zie paragraaf 2.4.5.

121 De bepaling inzake mensenhandel is in 2005 verplaatst van de zedendelicten (Titel XIV, boek 2) naar de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid (Titel XVIII, boek 2). Zie *Stb.* 2004, 645 en wetgevingsdossier 29 291.

overlappingen en op het ontbreken van de noodzaak voor zo veel bepalingen.[122]

Een goede illustratie van de onzichtbaarheid van de reeks bepalingen als zodanig, kan worden gevonden in de recente wetsgeschiedenis. Bij het goedkeuringstraject van het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld[123], geeft de memorie van toelichting een overzicht van de manier waarop in Nederland de uitlokking tot het plegen van ontucht met een derde strafbaar is gesteld. Hoewel dat overzicht uitputtend lijkt te zijn bedoeld, worden daarin veel relevante bepalingen niet genoemd.[124]

Bij dit thema kan ten slotte worden betrokken wat eerder in paragraaf 4.4.4. en 4.5.5 is besproken over de wetssystematiek. Doordat in veel van de onderhavige bepalingen de handeling van het slachtoffer is geformuleerd als het '*plegen* van ontuchtige handelingen *met*' een derde, zou daaruit kunnen worden afgeleid dat het '*dulden* van ontuchtige handelingen *van*' een derde daaronder niet is begrepen. Dit standpunt is ook terug te vinden in de literatuur.

4.5.7 Wat is toegevoegde waarde van art. 248a Sr?

Art. 248a Sr is in dit hoofdstuk al enkele malen ter sprake gekomen. Dit artikel speelde bijvoorbeeld een belangrijke rol in paragraaf 4.5.5 bij het evalueren van de *hands-off* zedendelicten tegen jeugdigen. Daarbij werd het effect zichtbaar dat art. 247 Sr (zes jaren) in het kader van die *hands-off* delicten onder omstandigheden eenvoudiger te bewijzen is dan art. 248a Sr (vier jaren). In deze paragraaf brengen wij dit effect nogmaals voor het voetlicht, maar dan in algemene zin. Dat wil zeggen: met betrekking tot gevallen met en zonder fysieke aanraking. Beoogd wordt hiermee een antwoord te formuleren op de vraag wat de positie is van art. 248a Sr ten opzichte van art. 247 Sr. Heeft art. 248a Sr nog wel toegevoegde waarde?

> Artikel 247 Sr
> Hij die (…) met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt (…) wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
>
> Artikel 248a Sr
> Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

---

122 Zie paragraaf 3.2.3.
123 *Trb.* 2012, 233. Zie voor nadere informatie «coe.int» (CETS nr. 210) en paragraaf 2.7.4.3.
124 Zie hierover p. 194.

Om een belangrijke verhouding tussen art. 247 Sr en art. 248a Sr duidelijk te kunnen maken, dient te worden gedacht aan een geval waarin tussen de verdachte en een vijftienjarig meisje fysieke seksuele handelingen hebben plaatsgevonden. Gaan wij uit van deze informatie, dan is nog niet te zeggen of art. 247 Sr is overtreden. Wellicht zijn de handelingen niet ontuchtig te noemen (in strijd met de sociaal-ethische norm) doordat de verdachte en het meisje leeftijdsgenoten zijn met een normale seksuele relatie. Ook overtreding van art. 248a Sr staat zonder nadere informatie niet vast.

Worden bij dit voorbeeld echter nieuwe omstandigheden betrokken op grond waarvan de conclusie moet luiden dat art. 248a Sr is overtreden, dan houdt dit tevens in dat art. 247 Sr is overtreden. Immers, dat de middelen in art. 248a Sr zijn gebezigd om het meisje zo ver te krijgen, zal leiden tot het oordeel dat de handelingen als ontuchtig zijn aan te merken. Worden die middelen te licht bevonden om de handelingen ontuchtig te achten, dan zal dat oordeel reeds in het kader van art. 248a Sr voor een vrijspraak zorgen. Art. 248a Sr eist tenslotte ook dat de handelingen ontuchtig zijn. Om die reden kan dus worden aangenomen dat, ingeval het voorbeeld aan de bestanddelen van art. 248a Sr beantwoordt, het daarmee ook aan de bestanddelen van art. 247 Sr beantwoordt. Opmerkelijk is dus dat een delict met een maximum van vier jaren gevangenisstraf in dat opzicht geheel opgaat in een delict met een maximum van zes jaren gevangenisstraf.[125] In de praktijk worden dergelijke gevallen dan ook niet alleen vervolgd op grond van art. 248a Sr, maar ook op grond van art. 247 Sr.[126] Daar schuilt misschien ook achter dat art. 247 Sr in dergelijke gevallen juist makkelijker te bewijzen is, zoals wij eerder opmerkten.

Er is nog een bijzonderheid aan te wijzen die verband houdt met het voorgaande. Indien een tweeëntwintigjarige verdachte door misbruik van overwicht en misleiding een vijftienjarig meisje beweegt tot het plegen van ontuchtige handelingen met hem, maakt hij zich vanuit de wetstermen bezien schuldig aan een typisch geval van art. 248a Sr, met een strafmaximum van vier jaren. Hier tegenover staat dat de tweeëntwintigjarige verdachte die een liefdevolle, consensuele seksuele relatie heeft met het vijftienjarig meisje, zich schuldig maakt aan een typisch geval van art. 247 Sr, met een strafmaximum van zes jaren, of zelfs aan een typisch geval van art. 245 Sr, met een strafmaximum van acht jaren, in geval van seksueel binnendringen. Met deze vergelijking willen wij niet de strafwaardigheid van het tweede voorbeeld als zodanig aankaarten. Het gaat hier om het contrast in de normstelling uitgedrukt door de strafmaxima. Het verkrijgen van seks met gebruikmaking van onwenselijke beïnvloedingsmiddelen wordt bedreigd met een lichtere straf dan het aangaan van een consensuele seksuele relatie zonder het gebruik van die beïnvloedingsmiddelen.

125 Dadelijk zal het verschil worden besproken tussen de genoemde leeftijden in art. 247 en 248a Sr.

126 Zie bijvoorbeeld de jurisprudentie die is besproken op p. 83.

De conclusie die uit het bovenstaande kan worden getrokken, is dat een zekere wanverhouding lijkt te bestaan tussen art. 248a Sr en art. 247 Sr. Dat doet de vraag rijzen of art. 248a Sr niet beter uit de zedentitel zou kunnen worden verwijderd.

Voor het antwoord op deze vraag moet allereerst worden gekeken naar een omstandigheid die in het voorgaande nog niet op de voorgrond is getreden: art. 248a Sr heeft betrekking heeft op personen jonger dan achttien jaar, terwijl de werking van art. 247 Sr is beperkt tot personen jonger dan zestien jaar. De lichtere strafbedreiging in art. 248a Sr vindt daarin een verklaring, omdat die strafbedreiging ook ziet op feiten gepleegd tegen seksueel meerderjarigen (zestien- en zeventienjarigen), iets wat in het algemeen minder strafwaardig kan worden geacht dan feiten gepleegd tegen seksueel minderjarigen.[127] Deze verklaring neemt de scheve verhouding bij seksueel minderjarige slachtoffers echter niet weg. Bovendien – en dat is hier het cruciale punt – zou het verwijderen van art. 248a Sr leiden tot het ongewenste effect dat alle zestien- en zeventienjarigen de geboden rechtsbescherming verliezen. Dat verlies kan niet door een andere bestaande zedenbepaling worden gecompenseerd.

Tegen deze achtergrond zou de geconstateerde wanverhouding tussen art. 247 en art. 248a Sr kunnen worden opgelost door art. 248a Sr te beperken tot zestien- en zeventienjarigen, zoals dat ook in art. 248b Sr (jeugdprostitutie) is gedaan. Maar ook hieraan kleven risico's.

De bedoelde risico's hebben te maken met *hands-off* contact tussen de verdachte en de jeugdige. Voor de details op dit punt verwijzen wij naar de paragrafen waarin dit nader is besproken.[128] Belangrijk is dat art. 248a Sr zonder twijfel ziet op gevallen waarin de jeugdige handelingen met zichzelf heeft gepleegd, handelingen die bijvoorbeeld zichtbaar waren voor de verdachte en waartoe hij de jeugdige heeft bewogen. Het ontbreken van twijfel hierover, vloeit voort uit het feit dat de wettekst, de bedoeling van de wetgever en de standpunten in de rechtspraak op dit punt overeenkomen. Bij art. 247 Sr ligt dat wezenlijk anders. Weliswaar vinden de meeste feitenrechters het juridisch niet problematisch om bepaalde gevallen van *hands-off* contact te bestempelen als 'ontucht plegen met' in de zin van art. 247 Sr, maar de wetsgeschiedenis wijst in een andere richting. Zou vaststaan dat de rechter zich in geen enkel geval meer wat van die wetsgeschiedenis zou aantrekken, dan rijst hier geen probleem. Maar omdat dit niet vaststaat, moet eveneens onzeker worden geacht of de bescherming die in art. 248a Sr wordt geboden voor ge-

127 Langs deze lijnen duidt de wetgever ook de verhouding tussen art. 247 jo. art. 248 Sr (een combinatie die per definitie de seksueel minderjarige betreft) en art. 249 Sr (een artikel dat ook de seksueel meerderjarige minderjarige betreft). Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 6, p. 17. Een bespreking van deze verhouding volgt dadelijk. Tevens zij vermeld dat de lichtere strafbedreiging in art. 248a Sr (ten opzichte van art. 247 Sr) niet haar verklaring kan vinden in het ontbreken van de eis dat ontuchtige handelingen zijn gepleegd 'met' de dader, omdat het huidige strafmaximum reeds bestond toen die eis nog wel onderdeel was van art. 248a Sr.

128 Zie paragraaf 2.3.5 en 2.4.4 (in hoofdstuk 4 samengevat en geëvalueerd in paragraaf 4.4.4 en 4.5.5).

vallen van *hands-off* seksueel contact met iemand jonger dan zestien jaar, kan worden overgenomen door art. 247 Sr.

Natuurlijk is ook mogelijk dat de wetgever zich bij de aanpassing van art. 248a Sr (het beperken tot zestien- en zeventienjarigen) uitspreekt over de relatie tussen het bestanddeel 'ontucht plegen met' in art. 247 Sr, en *hands-off* seksueel contact. Dat is evenwel niet te doen zonder in te gaan op de volledige wetssystematiek (op alle gevallen waarin de voorzetsels 'met' en 'van' zijn gebruikt). De minister heeft bijvoorbeeld eerder aangegeven dat art. 248b Sr (jeugdprostitutie; dit bevat ook het bestanddeel 'ontucht plegen met') zich niet richt op webcamcontacten. Een dergelijke operatie betrekt dus bijvoorbeeld ook de prostitutiewetgeving in de discussie, waardoor het niet bij een simpele wijziging en overweging kan blijven.

De wetssystematiek, de wetsgeschiedenis en de rechtspraak zorgen hier dus voor een zekere impasse. In het geval van seksueel minderjarige slachtoffers zijn de verhoudingen tussen art. 247 Sr en art. 248a Sr duidelijk scheef. Deze kunnen echter niet op eenvoudige wijze worden rechtgetrokken, omdat art. 248a Sr voor enkele belangrijke gevallen nog toegevoegde waarde kan hebben en principiële wijzigingen op dat punt betrekking hebben op een wezenlijk deel van het zedenrecht.

4.5.8 Wat is de toegevoegde waarde van art. 249 lid 1 Sr?

De vraag die zojuist werd behandeld met betrekking tot art. 248a Sr laat zich ook goed stellen in het kader van art. 249 lid 1 Sr (ontucht met misbruik van gezag). Ook hier rijst twijfel over de toegevoegde waarde waar het gaat om de bescherming van personen jonger dan zestien jaar. Deze twijfel houdt verband met enkele strafverzwaringsgronden in art. 248 Sr, in combinatie met bepaalde grondfeiten. Wij beperken ons hier tot de grondfeiten art. 244, 245 en 247 Sr:

> Artikel 244 Sr
> Hij die met iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 245 Sr
> Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.
>
> Artikel 247 Sr
> Hij die (...) met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt (...) wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248 Sr

(...)

2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.

(...)

Artikel 249 Sr

1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

(...)

Dadelijk worden de strafverzwaringsgronden nader geëvalueerd (paragraaf 4.6). Deze gronden zijn uitgebreid besproken in paragraaf 2.8. Op deze plaats kan worden volstaan met de volgende constateringen.

Allereerst moet worden opgemerkt dat art. 249 Sr ('ontucht plegen') geen pendant heeft dat een hoger strafmaximum verbindt aan een seksueel binnendringen. Bij de zelfstandige strafbaarstelling van ontucht met misbruik van gezag bevat de wet dus niet de onderscheidingen die in art. 244, 245 en 247 Sr worden gemaakt.

Vervolgens kunnen de afhankelijkheidsrelaties worden bekeken die in art. 249 Sr en in art. 248 Sr worden weergegeven. Het valt daarbij op dat de formuleringen van de relaties in art. 249 lid 1 Sr niet overeenkomen met die in art. 248 lid 2 Sr. Niettemin is in hoofdstuk 2 tot de conclusie gekomen dat de formuleringen in art. 248 lid 2 ten minste even ruim kunnen worden opgevat als die in art. 249 lid 1 Sr, zo niet ruimer.[129] Nóg ruimer is de dekking van art. 248 Sr wanneer in deze vergelijking ook art. 248 lid 3 en lid 4 Sr worden betrokken, bepalingen die betrekking hebben op een jeugdige in een 'kwetsbare positie'. Verondersteld wordt derhalve dat art. 248 Sr alle relaties omvat die in art. 249 lid 1 Sr worden weergegeven. Dit is een belangrijk uitgangspunt voor het volgende.

De relatie die wordt beschreven in art. 249 lid 1 Sr maakt de handelingen in beginsel ontuchtig. Zijn de seksuele handelingen in het licht van de relatie niet 'genoeg' in strijd met de sociaal-ethische norm, dan wordt reeds in art.

129 Zie paragraaf 2.8.3.2.

249 lid 1 Sr vastgesteld dat geen sprake is van '*ontucht* plegen'. Wordt iets wel beschouwd als 'ontucht plegen' in de zin van art. 249 lid 1 Sr (maximaal zes jaren gevangenisstraf) en gaat het daarbij om iemand jonger dan zestien jaar, dan brengt dit mee dat deze feiten eveneens voldoen aan een van de volgende combinaties:

(i) art. 244 jo. 248 Sr (seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar, met een strafverzwarende omstandigheid; maximaal zestien jaren gevangenisstraf);

(ii) art. 245 jo. art. 248 Sr (ontuchtig binnendringen bij iemand tussen de twaalf en de zestien jaar, met een strafverzwarende omstandigheid; maximaal tien jaren en acht maanden gevangenisstraf); of

(iii) art. 247 jo. art. 248 Sr (ontuchtige handelingen plegen met iemand jonger dan zestien jaar, met een strafverzwarende omstandigheid; maximaal acht jaren gevangenisstraf).[130]

Zoals blijkt, heeft art. 249 lid 1 Sr geen toegevoegde waarde ten opzichte van art. 244, 245 en 247 Sr waar het gaat om een jeugdige jonger dan zestien jaar. Hier komt nog bij dat het gebruik van art. 249 lid 1 Sr een beduidend ander normkaliber uitdrukt dan het gebruik van een grondfeit in combinatie met art. 248 Sr. Dit komt het sterkst tot uitdrukking in het verschil in strafmaximum tussen art. 249 lid 1 Sr (zes jaren) en art. 244 jo. 248 Sr (zestien jaren). Daarbij is van belang op te merken dat het signaal dat misbruik is gemaakt van een gezagsrelatie in dit laatste geval niet verloren gaat; dit wordt uitgedrukt door de strafverzwarende omstandigheid.

Net als eerder het geval was bij art. 248a Sr, dringt zich ook hier de vraag op of de bepaling die voor vreemde verhoudingen zorgt in geval van 16-minners (art. 249 lid 1 Sr) niet zou kunnen worden beperkt tot de bescherming van zestien- en zeventienjarigen. Dat lijkt inderdaad de systematische bezwaren volledig weg te nemen. Toch schijnt ook hier, net als bij art. 248a Sr, de aanpassing niet zonder risico's te kunnen plaatsvinden.

Uit de informatie die in hoofdstuk 3 is geboden door de officieren van justitie (in de interviews en in de wetgevingsnotitie), blijkt dat art. 249 lid 1 Sr in hun ogen een belangrijke functie kan vervullen bij gevallen van seksueel misbruik dat jarenlang heeft plaatsgevonden, bijvoorbeeld in de familiesfeer. Wanneer de maximumstraf verbonden aan art. 249 lid 1 Sr (zes jaren) nog voldoende ruimte geeft voor de strafeis ter zitting, biedt het naar verluidt in bepaalde situaties veel voordelen om juist voor het anker van art. 249 lid 1 Sr te gaan liggen. Die voordelen zijn erin gelegen dat niet voor alle handelingen telkens onderscheid gemaakt hoeft te worden tussen de aard van die hande-

[130] Van deze verhouding tussen art. 247 jo. art. 248 Sr enerzijds en art. 249 Sr anderzijds, is de wetgever zich bewust. De rechtvaardiging voor de hogere strafbedreiging is erin gelegen dat het bij de eerste combinatie per definitie gaat om seksueel minderjarigen, terwijl het bij art. 249 Sr ook kan gaan om seksueel meerderjarigen. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 6, p. 17. Op de gevolgen voor de status en functie van art. 249 Sr is evenwel niet ingegaan.

lingen (wel of geen seksueel binnendringen; dit is van belang voor het verschil tussen art. 244 en 245 Sr enerzijds en art. 247 Sr anderzijds) en tussen de leeftijd van de jeugdige ten tijde van de verschillende handelingen (wel of niet jonger dan twaalf jaar, wat van belang is voor het verschil tussen art. 244 Sr en art. 245 Sr). De genoemde voordelen betreffen zowel de indringendheid van de ondervragingen van het slachtoffer, als de technische onderscheidingen die in de tenlastelegging moeten worden gemaakt.

Wordt uitgegaan van de constateringen van de officieren van justitie, dan moet tot de conclusie worden gekomen dat met het aanpassen van art. 249 lid 1 Sr in de genoemde zin (het beperken tot zestien- en zeventienjarigen) het openbaar ministerie mogelijk een belangrijk instrument uit handen zou worden genomen. De besproken onevenwichtigheid lijkt in dat opzicht alleen goed op te lossen door meer structurele aanpassingen in de zedentitel. Daarbij zou desgewenst ook, als onderdeel van die aanpassingen, kunnen worden gekozen voor de introductie van een bijzondere strafbaarstelling die specifiek is bedoeld om de zojuist genoemde processuele voordelen te realiseren. Een dergelijke strafbaarstelling zou zich bijvoorbeeld kunnen toespitsen op de stelselmatigheid waarmee seksueel misbruik is gepleegd met iemand beneden de leeftijd van achttien jaar.

4.6 Strafverzwaringsgronden

4.6.1 Inleiding

Zojuist kwamen bij de beoordeling van de meerwaarde van art. 249 lid 1 Sr enkele strafverzwaringsgronden uit art. 248 Sr ter sprake. Art. 248 Sr bevat inmiddels een aanzienlijke reeks strafverzwaringsgronden die op bepaalde zedendelicten van toepassing kunnen zijn. Deze reeks laat zich als volgt beknopt omschrijven (een volledige weergave van het artikel is hieronder opgenomen).

Afhankelijk van de toepasselijkheid van de per afzonderlijk lid genoemde gronddelicten, is thans sprake van een strafverzwarende omstandigheid bij medeplegen (lid 1), bij het bestaan van een afhankelijkheidsrelatie tussen een jeugdig slachtoffer en de dader (lid 2), bij het misbruik maken van een 'kwetsbare positie' van een jeugdig slachtoffer (lid 3 en lid 4) en bij het bezigen van geweld tegen een jeugdig slachtoffer (lid 5 en 6). Deze laatste twee omstandigheden ('kwetsbare positie' en geweld) zijn telkens over twee leden verspreid, omdat sommige delicten per definitie tegen jeugdigen worden gepleegd (zie lid 3 en lid 5) en andere delicten dat kenmerk missen (zie lid 4 en lid 6). Bij de gronddelicten die dat kenmerk missen, is de jeugdige leeftijd als bestanddeel toegevoegd ('een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar'). Ten slotte geldt bij bepaalde delicten een verhoging van het strafmaximum in geval van zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar (lid 7) en in geval van de dood (lid 8).

In deze paragraaf wordt evaluerend teruggeblikt op de bevindingen over art. 248 Sr uit de eerdere hoofdstukken (zie paragraaf 2.8 en 3.6).

Artikel 248 Sr

1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
7. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
8. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

4.6.2 Ontwikkelingen

In paragraaf 2.8 is gebleken dat art. 248 Sr zijn complexe inhoud nog niet zo lang bezit, en dat hieraan een snelle en veelzijdige ontwikkeling in het laatste decennium ten grondslag ligt.[131] In de periode 1886-2005 telde het artikel slechts twee leden (deze leden zijn opgegaan in het huidige lid 7 en lid 8) en had het alleen betrekking op een beperkt aantal delicten. De inhoud van het artikel is de afgelopen jaren dus sterk gegroeid, zowel – zo te zeggen – in de lengte (het aantal leden) als in de breedte (het aantal toepasselijke gronddelicten). Deze groei is vooral toe te schrijven aan de manier waarop de wetgever is omgegaan met nieuwe internationale afspraken.

Om te beginnen volgde uit verschillende internationale instrumenten dat de nationale rechter met bepaalde, door de instrumenten aangewezen strafverzwarende gronden rekening moest kunnen houden bij het bepalen van zijn

131 Hieraan is al kort gerefereerd in paragraaf 4.2.

straf. Omdat de Nederlandse strafrechter dit ook zonder codificatie van de strafverzwaringsgronden al kon, achtte de regering het aanvankelijk niet nodig deze verplichtingen om te zetten in nieuwe formele wetgeving. Bij aangenomen amendement is echter alsnog gekozen voor codificatie in de vorm van afzonderlijke strafverzwaringsgronden (het betreft hier de invoering van de huidige leden 1 en 2 in 2010). Hierbij is van belang op te merken dat door deze codificatie niet alleen op formeelwettelijke wijze werd gewezen op het strafverzwarende karakter van bepaalde omstandigheden, maar ook een verhoging van het wettelijk strafplafond werd gecreëerd (een verhoging die zonder codificatie was uitgebleven; de leden van art. 248 Sr maken die verhoging mogelijk, doorgaans een derde boven het plafond van het gronddelict). Toen zich later opnieuw soortgelijke verplichtingen aandienden, heeft de wetgever de reeds ingeslagen weg gevolgd door de in het betreffende instrument aangewezen strafverzwaringsgronden opnieuw te verwerken in art. 248 Sr (het betreft hier de invoering van de huidige leden 3, 4, 5 en 6 in 2014). Art. 248 Sr is dus uit eigener beweging door de Nederlandse wetgever gebruikt om bepaalde strafverzwaringsgronden onder de aandacht te brengen, onder verhoging van de strafmaxima.

Daarnaast heeft art. 248 Sr inmiddels de functie om bepaalde gedragingen te verbinden aan een maximumstraf die ten minste de minimumhoogte bereikt zoals die door de Europese Unie is voorgeschreven. Hierbij kan onder meer worden gewezen op art. 247 jo. 248 lid 2 (hier: het plegen van ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar, met misbruik van gezag). Volgens Richtlijn 2011/93/EU dient dit gedrag te worden bedreigd met een minimale maximumstraf van acht jaren.[132] Op basis van een enkelvoudig verwijt ter zake van art. 247 Sr (het plegen van ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar) of art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag), zou dat minimum niet worden gehaald; beide bepalingen dragen een maximum van zes jaren gevangenisstraf. Daarom is de combinatie van art. 247 Sr en art. 248 lid 2 Sr hier nodig.[133]

132 Zie art. 2 onder b jo. art. 3 onder 5 van de richtlijn.

133 Dit wil in onze ogen overigens nog niet zeggen dat in het concrete geval (van ontucht met een seksueel minderjarige, met misbruik van gezag) een tenlastelegging ook altijd zou moeten worden opgehangen aan deze combinatie. In de preambule van Richtlijn 2011/93/EU wordt overwogen dat de door de richtlijn voorgeschreven minimale maximumstraf ten minste moet gelden voor de meest ernstige vormen van de in de richtlijn omschreven strafbare feiten (overweging 13) en dat de richtlijn geen verplichtingen schept met betrekking tot de toepassing van straffen in individuele gevallen (overweging 15). Ondanks deze overwegingen is het voorstelbaar dat een lidstaat in gebreke is wanneer de door de richtlijn vereiste minimale maximumstraf is ingevoerd door middel van een nieuwe strafbepaling, maar de aanklagers in alle gevallen blijven kiezen voor een lichtere bepaling. Evenwel komt het ons zeer aannemelijk voor dat de genoemde overwegingen de ruimte bieden om op basis van argumenten te komen tot een andere vervolgingskeuze in het concrete geval. Een goed voorbeeld is gelegen in wat zojuist in paragraaf 4.5.8 werd besproken; dat het openbaar ministerie bewust zou kiezen voor art. 249 Sr (maximaal zes jaar gevangenisstraf) wanneer dit per saldo minder belastend is voor het slachtoffer zelf en de beoogde strafeis door die keuze niet wordt aangetast.

Al met al is de ontwikkeling van art. 248 Sr de laatste jaren dus in een stroomversnelling geraakt en draagt de nieuwe inhoud vanuit Europeesrechtelijk perspectief zowel een onverplicht als een verplicht karakter.

De groei van de zedentitel en van art. 248 Sr in het bijzonder, heeft ook zijn effect gehad op de zichtbaarheid en relatieve positie van art. 248 Sr. Dit is in deze evaluatie al kort aan de orde gesteld (paragraaf 4.2). Tussen 1886 en 2005 gingen de grondfeiten die aan art. 248 Sr waren verbonden aan dat artikel vooraf. Maar inmiddels zijn ook na art. 248 Sr veel delictsomschrijvingen ingevoegd en heeft art. 248 Sr daarop eveneens betrekking gekregen. Daardoor staat art. 248 Sr nu ongeveer in het midden van de gronddelicten waarop het betrekking heeft, terwijl niet alle delicten in die omgeving van de zedentitel aan art. 248 Sr zijn gekoppeld en de koppeling aan art. 248 Sr bovendien alleen uit art. 248 Sr zelf blijkt en ook van lid tot lid verschilt. Deze omstandigheden maken dat de aan art. 248 Sr toebedeelde rol moeilijk kan worden vervuld, zoals ook blijkt uit de reacties van de respondenten. Deze reacties worden dadelijk voor het voetlicht gebracht.

Bij het voorgaande komt ten slotte nog het gegeven dat art. 248 Sr in Titel XIV weliswaar de enige bepaling is die zich geheel richt op strafverzwaringsgronden, maar niet de enige waarin dergelijke gronden zijn geformuleerd. Ook op enkele bijzondere plaatsen heeft de wetgever strafverzwaringsgronden opgenomen: in art. 240b lid 2 Sr (een beroep of gewoonte maken van het bezitten, vervaardigen etc. van kinderpornografie), art. 250 lid 2 Sr (een gewoonte maken van koppelarij), art. 252 lid 2 en lid 3 Sr (het toedienen van bedwelmende drank, met zwaar lichamelijk letsel respectievelijk de dood tot gevolg) en art. 254a lid 2 Sr (een beroep of gewoonte maken van het bezitten, vervaardigen etc. van bestialiteitspornografie).

4.6.3 Bijzondere kwesties

4.6.3.1 Inleiding

De wijzigingen die in art. 248 Sr sinds 2005 zijn aangebracht, zijn door de wetgever op belangrijke punten niet voorzien van een toelichting waar de wetsuitlegger goed mee uit de voeten kan. Verschillende vragen die rijzen aan de hand van de nieuwe inhoud, zijn in paragraaf 2.8.3 belicht, waarvan de belangrijkste hier worden samengevat.

4.6.3.2 Art. 248 lid 2 Sr (afhankelijkheidsrelatie)

Bij de introductie van het huidige art. 248 lid 2 Sr (misbruik van een afhankelijkheidsrelatie) is op bepaalde onderdelen afgeweken van de terminologie in art. 249 lid 1 Sr, terwijl die afwijkingen in de wetsgeschiedenis onbesproken zijn gebleven. Een van de afwijkingen is dat art. 248 lid 2 Sr zich onder meer richt op de omstandigheid dat het slachtoffer het ‘kind’ is van de dader, terwijl art. 249 lid 1 Sr spreekt van het ‘*minderjarig* kind’ van de dader. De uitdruk-

king in art. 248 Sr laat ruimte voor een ruimere definitie dan ‘minderjarig kind’, namelijk: zoon of dochter, ongeacht de leeftijd. Tot die ruime opvatting dwong de onderliggende internationale verplichting niet; de verplichting betrof slechts personen jonger dan achttien jaar. Evenwel legt het argument dat de wetgever niet verder wenste te gaan dan zijn verplichtingen hier geen gewicht in de schaal, omdat bij hetzelfde implementatietraject ook op andere punten al verder was gegaan dan waartoe de wetgever was verplicht en daarbij gronddelicten zijn betrokken die zich eveneens richten op de bescherming van volwassenen. Een bijkomend argument voor de ruime definitie is erin gelegen dat de van art. 249 lid 1 Sr afwijkende terminologie ogenschijnlijk is overgenomen uit art. 304 Sr (de strafverzwaringsgronden met betrekking tot mishandeling). In dat artikel lijkt het bestanddeel ‘kind’ in ruime zin te zijn gebezigd (zoon of dochter, ongeacht de leeftijd).

Deze kwestie over het bestanddeel ‘kind’ leidt tot onzekerheid over de maximumstraf, bijvoorbeeld in het geval iemand wordt verdacht van het verkrachten van zijn twintigjarige dochter. Indien het begrip ‘kind’ in art. 248 lid 2 Sr is beperkt tot een minderjarig kind, dan valt de combinatie van art. 242 Sr (verkrachting) en art. 248 lid 2 Sr af, en is de maximumstraf in beginsel twaalf jaar. Wordt het begrip ‘kind’ in art. 248 lid 2 in ruime zin genomen, dan is de maximumstraf zestien jaar (art. 242 jo. 248 lid 2 Sr; 12+1/3*12). De discrepantie tussen art. 248 lid 2 Sr en art. 249 Sr is dus niet alleen in het algemeen verwarrend te noemen, maar levert ook in het concrete geval bijzondere rechtsvragen op.

4.6.3.3 Art. 248 lid 3 en 4 Sr (kwetsbare positie)

Voorts bestaat onzekerheid over de inhoud en plaats van het bestanddeel ‘kwetsbare positie’ in art. 248 lid 3 en lid 4 Sr. Deze leden zijn geïntroduceerd als implementatie van verplichtingen uit Richtlijn 2011/93/EU. Het bestanddeel ‘kwetsbare positie’ is in het implementatietraject nauwelijks zelfstandig toegelicht. Wel zijn bij de bespreking van het huidige derde en vierde lid enkele onderdelen van Richtlijn 2011/93/EU geparafraseerd, onderdelen die betrekking hadden op de gelijkluidende term (‘kwetsbare positie’) in de richtlijn. Tegen die achtergrond komen de volgende betekenissen in beeld: (i) een geestelijke of lichamelijke handicap, (ii) een toestand van afhankelijkheid, en (iii) een staat van lichamelijk of geestelijk onvermogen, waaronder een lichamelijk of geestelijk onvermogen veroorzaakt door de invloed van drugs en alcohol.

Deze betekenissen zaaien echter de nodige verwarring wanneer op bijzondere relaties met andere bepalingen wordt gelet. Door de betekenis ‘een toestand van afhankelijkheid’ dringt zich de vraag op wat de verhouding is tussen enerzijds art. 248 lid 3 en lid 4 Sr (‘kwetsbare situatie’, onder meer bestaande uit een toestand van afhankelijkheid) en anderzijds art. 248 lid 2 Sr, waarin allerlei afhankelijkheidsrelaties worden geformuleerd. De bestanddelen van art. 248 lid 2 Sr wekken de indruk eveneens ‘kwetsbare posities’ en ‘toestanden van afhankelijkheid’ weer te geven. Voorts geldt voor art. 249 en 250 Sr dat zij niet zijn gekoppeld aan art. 248 lid 2 Sr, maar wel aan art. 248

lid 3 en lid 4 Sr. Het ontbreken van de koppeling aan art. 248 lid 2 Sr zal ermee verband houden dat ook in art. 249 en 250 afhankelijkheidsrelaties worden geformuleerd. Een koppeling aan art. 248 lid 2 Sr zou dan automatisch de toepasselijkheid van de strafverzwaringsgrond hebben meegebracht. Deze omstandigheden (het bestaan van art. 248 lid 2 en het ontbreken van een koppeling daarin met art. 249 en 250 Sr) bieden argumenten om de afhankelijkheidsrelaties genoemd in art. 248 lid 2 Sr, art. 249 Sr en art. 250 Sr uit te zonderen van de inhoud van een 'kwetsbare positie' in de zin van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr. Dat levert wel een grote inspanningsverplichting bij de duiding van verschillende combinaties, omdat die genuanceerde systematiek zich niet onmiddellijk laat zien.

Een andere valkuil met betrekking tot het bestanddeel 'kwetsbare positie' in art. 248 lid 3 en lid 4 Sr, hangt met het voorgaande samen. Het betreft de relatie met het gelijkluidende bestanddeel in art. 273f Sr (mensenhandel). Voor de betekenis van 'kwetsbare positie' in art. 248 Sr kan namelijk niet zonder risico te rade worden gegaan bij de betekenissen die dat bestanddeel in art. 273f Sr heeft. Zo brengt art. 273f lid 6 Sr onder 'kwetsbare positie' elke situatie waarin een persoon geen andere werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan. Bij deze omschrijving passen evenwel ook de afhankelijkheidsrelaties genoemd in art. 248 lid 2 Sr, waarvan zojuist is vastgesteld dat het belangrijk is die van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr uit te zonderen. Daarnaast wordt in zowel art. 273f lid 3, onder 2° Sr als in de daarmee samenhangende internationale instrumenten geïmpliceerd dat een 'kwetsbare positie' per definitie al aanwezig is wanneer het slachtoffer minderjarig is. Die ruime betekenis past niet in het systeem van art. 248 Sr, waar de 'kwetsbare positie' een bijkomend kenmerk is, naast de jeugdige leeftijd.

Ten slotte is met betrekking tot art. 248 lid 3 en 4 Sr een kleine systeemfout aan te wijzen met een discriminatoir effect. Dit heeft te maken met art. 243 en 247 Sr (hier: seksueel binnendringen bij, respectievelijk ontuchtige handelingen plegen met geestelijk of lichamelijk onmachtigen). De wetgever heeft art. 243 en 247 Sr niet gekoppeld aan de strafverzwaringsgrond 'kwetsbare positie' in art. 248 lid 3 en lid 4 Sr. De achtergrond hiervan is in het implementatietraject niet uitgesproken, maar in de rede ligt dat van de koppeling is afgezien om een doublure van het verwijt te voorkomen. Een van de betekenissen van 'kwetsbare positie' in de richtlijn was immers het hebben van een geestelijke of lichamelijke handicap, een eigenschap die door de genoemde onmacht in art. 243 en 247 Sr al is gegeven. Niettemin is door de volledige uitsluiting van art. 247 Sr de strafverzwaringsgrond 'kwetsbare positie' eveneens niet van toepassing op de andere delicten die in art. 247 Sr zijn opgenomen, zoals het plegen van ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar. Dat heeft het volgende effect.

Bij het *seksueel binnendringen* bij iemand jonger dan zestien jaar met misbruik van geestelijke of lichamelijke onmacht, is de strafverzwaringsgrond 'misbruik van een kwetsbare positie' wel van toepassing (omdat art. 248 lid 3 Sr kan worden gekoppeld aan art. 244 Sr dan wel art. 245 Sr). Maar die strafverzwaringsgrond komt niet in aanmerking wanneer alleen sprake is van het

plegen van *ontuchtige handelingen* met misbruik van geestelijke of lichamelijke onmacht (omdat een combinatie tussen art. 247 Sr en art. 248 lid 3 Sr integraal is uitgesloten). Voor dit onderscheid bestaat vanzelfsprekend geen inhoudelijke rechtvaardiging. Aan de eerder besproken nadelen van het meervoudig karakter van art. 247 Sr (paragraaf 4.2) kan het voorgaande dus worden toegevoegd.

4.6.3.4 Art. 248 lid 5 en 6 Sr (geweld)

Een andere context waarin art. 248 Sr vragen oproept, is die van het huidige vijfde en zesde lid. Hierbij staat de omstandigheid centraal dat het feit is 'voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld'. Het valt op dat deze strafverzwaringsgrond ook is gekoppeld aan gronddelicten waarin 'geweld' reeds als bestanddeel is opgenomen (art. 242, 246 en 248f Sr). Hierop is bij het implementatietraject al gewezen door het OM, dat zijn zorgen uitte over een mogelijke oneigenlijke dubbeltelling van de geweldscomponent. De minister verdedigde de koppeling door te overwegen dat de strafverzwaringsgrond 'ook ziet op geweld gepleegd *voorafgaand aan* of *gevolgd op* het strafbare feit' (cursivering toegevoegd). De strafverzwaringsgrond 'heeft daarmee relevantie voor het desbetreffende delict', aldus de minister.[134]

Dit antwoord lost de onduidelijkheden bij deze kwestie niet op. Beknopt weergegeven komt het neer op de volgende moeilijkheden.

De reactie van de minister geeft geen uitsluitsel over de relevantie van gevallen waarin het geweld wel onderdeel is van het gronddelict in art. 242, 246 of 248f Sr zoals dat feitelijk is gepleegd (de gedraging is dan 'vergezeld van geweld'). Ontberen deze gevallen inderdaad relevantie? Zo ja, betekent dit dat een koppeling met art. 248 lid Sr dan materieelrechtelijk ten enenmale is uitgesloten, of brengt het alleen mee dat bij de strafeis en straftoemeting moet worden gewaakt tegen het tweemaal meewegen van de geweldscomponent?

Vervolgens moet worden ingezien dat het loskoppelen van inherent gewelddadige grondfeiten van de werking van art. 248 lid 5 en lid 6 Sr mogelijk Europeesrechtelijke implicaties heeft. Dit houdt verband met Richtlijn 2011/93/EU. In die richtlijn worden lidstaten verplicht een minimale maximumstraf van tien jaar te hanteren voor gevallen waarin seksuele handelingen met een seksueel minderjarig kind worden verricht en gebruik wordt gemaakt van dwang, geweld of bedreigingen.[135] Bij penetratie van het kind met gebruik van geweld, zal doorgaans sprake zijn van verkrachting, waardoor het minimum van de richtlijn in dergelijke situaties ook zonder art. 248 Sr wordt gehaald (art. 242 Sr draagt een maximumstraf van twaalf jaar).[136] Maar bij een gewelddadige aanranding van het kind (waarbij de handelingen bijvoorbeeld weliswaar seksueel verregaand zijn, maar niet uit penetratie bestaan), zou de maximumstraf zonder de koppeling met art. 248 Sr bij acht

134 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 16.

135 Zie art. 3 onder 5, sub iii van Richtlijn 2011/93/EU.

136 Bij jeugdigen jonger dan twaalf jaar volgt eenzelfde maximum al uit art. 244 Sr, zelfs wanneer geen geweld is gebezigd.

jaar blijven steken (art. 246 Sr; aanranding). De discussie over de vraag of Nederland met dit stelsel in gebreke zou zijn, spitst zich dan toe op de uitleg van een bijzondere clausule in de preambule van de richtlijn. Deze clausule geeft de lidstaten ogenschijnlijk wat bewegingsruimte binnen het regime van minimale strafmaxima. In de clausule wordt overwogen dat de door de richtlijn voorgeschreven minimale maximumstraf 'ten minste moet gelden voor de meest ernstige vormen van de in de richtlijn omschreven strafbare feiten'.[137] De verplichtingen gelden dus niet over de gehele linie, maar alleen voor 'de meest ernstige vormen' van het omschreven feit in de richtlijn. Daarmee lopen wij tegen de conclusie aan dat de onderhavige kwestie zich allerminst eenvoudig laat verhelderen. Het is immers moeilijk te beargumenteren dat het hier stellig wel of juist niet gaat om situaties die onder de meest ernstige vormen kunnen worden geschaard. Er zijn geen Europeesrechtelijke handvatten die de beantwoording hiervan vereenvoudigen. De gecreëerde onzekerheid over de strafmaxima bij gewelddadige voorvallen van art. 242, 246 en 248f Sr is met dit alles dus niet weggenomen.

Tot slot rijst de vraag in welke zin het bestanddeel 'geweld' in art. 248 Sr is gebezigd. De wetgever zweeg daarover. De wetssystematiek zelf wekt de indruk dat een beperkte uitleg wordt beoogd. In de gronddelicten met het bestanddeel 'geweld' worden namelijk daarnaast ook nog andere middelen geformuleerd, zoals 'dwang', 'bedreiging met geweld' en 'bedreiging met een feitelijkheid' (zie art. 242, 246 en 248f Sr). Indien Richtlijn 2011/93/EU hier als interpretatieve richtsnoer wordt gebruikt, stuit men op twee onderdelen die niet hetzelfde karakter dragen. Wordt gekeken naar het onderdeel van de richtlijn dat zich richt op strafverzwaringsgronden, dan valt op dat daarin alleen de uitdrukking 'ernstige geweldpleging' is gebezigd.[138] Dat pleit niet voor een ruime uitleg van de Nederlandse implementatieterm 'geweld'.[139] Als art. 248 lid 5 en lid 6 Sr daarentegen ook de functie moeten vervullen om de strafmaxima omhoog te tillen tot het niveau dat in Richtlijn 2011/93/EU wordt voorgeschreven, dan komen ook die voorschriften van de richtlijn in beeld. In dit andere onderdeel van de richtlijn zijn de termen van de richtlijn 'dwang, geweld en bedreigingen', zoals zojuist werd besproken.[140] Als het bestanddeel 'geweld' in art. 248 Sr ook deze termen moet dekken, geeft dit aanleiding 'geweld' hier juist ruim uit te leggen.

Op de keper beschouwd is er bij art. 248 lid 5 en lid 6 dus niet alleen onzekerheid over de strafmaxima bij evident gewelddadige feiten, maar ook over de reikwijdte van het bestanddeel 'geweld' zelf. Zo blijkt in het bijzonder niet of een ernstige bedreiging zonder directe fysieke component onder dit 'geweld' kan worden gebracht.

---

137 Zie overweging 13 in de preambule van Richtlijn 2011/93/EU.

138 Zie art. 9 onder g van Richtlijn 2011/93/EU.

139 Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2012/13, 33 580, nr. 3, p. 16, waarin steun is te vinden voor deze beperkte uitleg. Dat laat het hierna volgende echter onverlet.

140 Zie art. 3 onder 5, sub iii van Richtlijn 2011/93/EU.

4.6.3.5 Art. 248 lid 7 Sr (zwaar lichamelijk letsel en levensgevaar)

Een vierde kwestie bij art. 248 Sr betreft de strafverzwaringsgrond dat bij het betreffende zedendelict zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar ontstaat (thans opgenomen in lid 7). In 2009 heeft de wetgever de hieraan gekoppelde maximumstraf verhoogd van twaalf naar vijftien jaar gevangenisstraf. Toen is echter nagelaten ook art. 242 en 244 Sr te vermelden als bepalingen waarop de strafverzwaringsgrond betrekking heeft. Dat art. 242 en 244 Sr eerder niet waren opgenomen was logisch; bij het oude maximum van twaalf jaar gevangenisstraf zou vermelding betekenisloos zijn geweest, omdat op overtreding van die artikelen zelf al dat maximum is gesteld. Bij de verhoging van het strafmaximum naar vijftien jaar was er evenwel aanleiding om art. 242 en 244 Sr toe te voegen. Een consequentie van het onvermeld laten van art. 242 en 244 Sr in het huidige zevende lid van art. 248 Sr is dat, bijvoorbeeld, aanranding met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg een hoger strafmaximum heeft dan verkrachting met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg (vijftien jaren versus twaalf jaren gevangenisstraf).

4.6.3.6 Cumulatie van strafverzwaringsgronden

De toepasselijkheid van een van de eerste zes leden van art. 248 Sr, brengt mee dat een nieuwe maximumstraf ontstaat met een hoogte van de maximumstraf van het grondfeit verhoogd met een derde. De genoemde artikelleden volgen immers het stramien: ‘De in de artikelen (...) bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien (...)’.

De vraag rijst wat rechtens is bij de cumulatie van artikelleden. Indien twee strafverzwaringsgronden uit twee verschillende leden van toepassing zijn, zou de gedachte kunnen zijn dat dit niet kan leiden tot een dubbele verhoging van het strafmaximum (een verhoging van twee derde), omdat de wet hiervoor geen voorziening biedt. Evenwel wordt door sommige auteurs aangenomen dat cumulatie van strafverzwaringsronden wel kan leiden tot een extra verhoging (of extra verhogingen, bij de toepasselijkheid van nog meer artikelleden).[141] Uit de voor deze studie gehouden interviews blijkt dat enkele respondenten – een officier van justitie, twee advocaten en twee rechters – uitdrukkelijk hebben aangegeven dat bij hen onduidelijkheid bestaat over de wijze waarop hier de maximumstraf moet worden berekend, in het bijzonder wanneer daar nog het strafverhogend effect van meerdaadse samenloop bijkomt, zoals in de Robert M.-zaak.[142]

In het onderzoek hebben wij geen duidelijk antwoord kunnen vinden op deze rechtsvraag. Voor zover bekend wordt deze vraag tot op heden ook niet

141 Zie paragraaf 2.8.3.6.

142 Zie de interviewfragmenten opgenomen in paragraaf 3.6. Zie over het bijkomend effect van de meerdaadse samenloop: paragraaf 2.8.3.6.

beantwoord in het op moment van schrijven nog lopende wetgevingstraject dat moet leiden tot een nieuwe regeling van de meerdaadse samenloop.[143]

4.6.3.7 Wel of niet in de tenlastelegging?

Zoals is gebleken verplichtten de internationale instrumenten niet tot het codificeren van de daarin genoemde strafverzwaringsgronden, maar alleen tot het scheppen van een mogelijkheid voor de strafrechter om deze omstandigheden te kunnen laten meewegen bij het bepalen van de straf. Omdat dit reeds mogelijk was in ons nationale systeem, draagt de codificatie die in art. 248 Sr in zoverre een onverplicht karakter.

In paragraaf 2.8.3.7 is besproken dat ons nationale systeem daarnaast ook toelaat dat wel gecodificeerde strafverzwaringsgronden – dat wil dus zeggen: wettelijke strafverzwaringsgronden zoals die in art. 248 Sr – in de straftoemeting worden meegewogen hoewel zij niet ten laste zijn gelegd. In tegenstelling tot de situatie bij ten laste gelegde en vervolgens bewezen verklaarde strafverzwarende omstandigheden, wordt hier evenwel geen materieelrechtelijke verhoging van het wettelijk strafmaximum gerealiseerd; het strafmaximum is en blijft dat van het gronddelict. Maar binnen dat maximum kunnen dus ook de niet ten laste gelegde wettelijke strafverzwaringsgronden tot strafverhoging leiden. De Hoge Raad eist daarvoor dat de betreffende omstandigheden 'ter terechtzitting zijn gebleken'.[144] In hoeverre dit 'blijken' moet voldoen aan het strafrechtelijk bewijsrecht (wettig en overtuigend bewijs), is echter niet zeker.[145] Indien van het 'blijken' van niet ten laste gelegde strafverzwaringsgrond eerder sprake is dan van het 'wettig en overtuigend bewezen zijn' van een wel ten laste gelegde strafverzwaringsgrond, dan is tevens duidelijk dat er niet veel druk ligt op het openbaar ministerie om de strafverzwarende gronden in de tenlastelegging op te nemen. Voorts is voor te stellen dat door de complexe en onzekere inhoud van art. 248 Sr, het voor alle procesdeelnemers ook dikwijls eenvoudiger is om de strafverzwarende gronden

143 Wetsvoorstel 'Herziening regeling meerdaadse samenloop in strafzaken'; wetgevingsdossier 34 126.

144 Zie HR 30 mei 2006, *NJ* 2006, 314; HR 9 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1505; HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2449. Voor recidive als bedoeld in art. 43a Sr geldt een uitzondering; deze omstandigheid kan alleen worden meegewogen wanneer zij is ten laste gelegd en bewezen verklaard (HR 5 februari 2002, *NJ* 2003/126, m.nt. Reijntjes; HR 21 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1099).

145 Het feit dat het hier gaat om de straftoemetingsvraag en niet om de bewijsvraag, is een indicatie dat de 'bewijslast' lager ligt. De beslissing hoeft ook niet door bewijsmiddelen te worden geschraagd. Zie hierover Corstens/Borgers 2014, p. 868. In elk geval wordt het meewegen van de strafverzwarende grond beïnvloed door art. 6 EVRM, in het bijzonder door de vraag in hoeverre de verdediging door het meewegen zou kunnen worden verrast. Vgl. Duker 2003, p. 50-58; Knigge in zijn noot onder EHRM 24 oktober 1996, *De Salvador Torres tegen Spanje*, *NJ* 1998/294 (o. 6); Van Kempen in zijn noot onder EHRM 20 maart 2012, *Bingöl tegen Nederland*, *NJ* 2013/361 (o. 7). Het verschil eventuele verschil tussen 'blijken' en 'wettig en overtuigend bewijs' kan in deze context nog groter zijn dan elders, gezien de strenge maatstaven die de Hoge Raad lijkt te hanteren bij wettelijke strafverzwaringsgronden in het algemeen (zoals bij voorbedachte raad, roekeloosheid en medeplegen). Zie daarover paragraaf 2.8.3.7 (p. 261).

juist buiten de tenlastelegging en kwalificatie te behandelen en te bediscussieren. Dit kan met de volgende zaak worden geïllustreerd.

Begin 2015 veroordeelde de Rechtbank Amsterdam een verdachte ter zake van art. 240b Sr (kinderpornografie), art. 246 Sr (aanranding), art. 247 Sr (hier: het plegen van ontuchtige handelingen met iemand jonger dan zestien jaar) en art. 248a Sr (het uitlokken van ontucht), bij welke feiten meerdere slachtoffers waren betrokken. In de tenlastelegging waren geen wettelijke strafverzwaringsgronden uit art. 248 Sr opgenomen. Niettemin overwoog de rechtbank bij de straftoemeting het volgende:

> 'Verdachte heeft zich (…) schuldig gemaakt aan ernstige strafbare feiten waarbij hij de lichamelijke integriteit, gevoelens en belangen van zijn jeugdige slachtoffers tijdens een kwetsbare periode in hun (seksuele) ontwikkeling heeft geschaad. Opvallend is bovendien dat veel van de slachtoffers ook anderszins als kwetsbaar zijn aan te merken, bijvoorbeeld vanwege een laag IQ, ADHD, PDD NOS, autisme, verblijf in een opvanghuis of een hechtingsstoornis. Dat maakt het misbruik dat van hen is gemaakt des te kwalijker.'[146]

In deze betrekkelijk korte overweging worden, in termen van het algemeen spraakgebruik, acht soorten afhankelijkheidsrelaties en kwetsbare posities genoemd die hebben bijgedragen aan het bepalen van de sanctie. Het ging kort gezegd om: jeugdigheid, zich bevinden in een kwetsbare periode in de seksuele ontwikkeling, het hebben van een laag IQ, van ADHD of van PPD-NOS, het verblijven in een opvanghuis en het hebben van een hechtingsstoornis.

Indachtig de zojuist behandelde vraagstukken bij art. 248 Sr, is het niet moeilijk zich een voorstelling te maken van de grote inspanning die het openbaar ministerie had moeten leveren om te trachten deze acht omstandigheden geheel of gedeeltelijk langs de weg van art. 248 Sr ten laste te leggen en te verwerken in het requisitoir. Voor elk van de vier verschillende type feiten (art. 240b, 246, 247 en 248a Sr) zou moeten worden overwogen of telkens sprake is van art. 248 lid 2 Sr (afhankelijkheidsrelatie) of van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr (kwetsbare positie). Daarbij dient als gezegd rekening te worden gehouden met de eerder genoemde vraagstukken. Zo kan de enkele jeugdigheid geen 'kwetsbare positie' opleveren in de zin van art. 248 lid 3 en lid 4 Sr, en kan art. 247 Sr niet worden gekoppeld aan art. 248 lid 3 en lid 4 Sr, ook al is sprake van een 'kwetsbare positie' als bedoeld in die leden (zie hiervoor). Vanzelfsprekend geldt ook voor de verdediging en de rechter dat deze meer formele route aanzienlijk meer inspanning kost.[147]

---

146 Rb. Amsterdam 12 februari 2015 ECLI:NL:RBAMS:2015:673. Zie hierover tevens voetnoot 684 in hoofdstuk 2.

147 Of de verdediging de situatie verwelkomt dat strafverzwarende gronden buiten de tenlastelegging om worden ingebracht en meegewogen, hangt vanzelfsprekend niet alleen samen met de benodigde inspanning, maar ook met de mate waarin de verdediging in dat proces wordt gekend. Aannemelijk is dat de verdediging liever ziet dat de formele weg van art. 248 Sr wordt bewandeld, dan dat zij achteraf volkomen wordt verrast bij het lezen van de strafmotivering. Evengoed is aannemelijk dat de verdediging liever de verzwarende omstandigheden buiten de tenlastelegging om behandeld ziet wanneer die omstandigheden zelf en hun mogelijke rol bij de straftoemeting geen verrassingen meebrengen. Het komt

De inspanning die het volgen van de formele route kennelijk vergt, maakt vooral indruk door het contrast met de ogenschijnlijk eenvoudige wijze waarop het in deze zaak in werkelijkheid, buiten de tenlastelegging om, is verlopen en door het feit dat men zich kan afvragen of het daadwerkelijk volgen van de formele route de uiteindelijke sanctie wel wezenlijk zou hebben beïnvloed.

4.6.4 Algemene reacties van de respondenten

Uit de interviews die voor deze studie zijn gehouden, blijkt dat veel respondenten sterke bezwaren hebben tegen de huidige redactie van art. 248 Sr. Er zijn ook niet veel thema's waarbij binnen de respondentengroep zo eensluidend is gereageerd. Voorts zijn sommige reacties zeer uitgesproken, zoals blijkt uit de volgende weergave van bepaalde algemene opmerkingen die over art. 248 Sr zijn gemaakt:

> *Officier 1*
> 'Het is een eindeloos lang artikel geworden. (...) Het moet vereenvoudigd worden.'

> *Officier 2*
> 'Art. 248 is een dramatisch artikel. Het is wel nuttig om hem te hebben, maar systematisch is het ingewikkeld. Het is eigenlijk gewoon te ingewikkeld, waardoor het louter een papieren tijger wordt. Dat zie je ook met de strafverhoging voor huiselijk geweld, want de maximumstraf voor het gronddelict wordt bijna nooit gevraagd in de praktijk. (...) [D]an helpt het helemaal niet om het wettelijk zo te regelen, want je krijgt gewoon geen hogere straffen. Het kan wel erkenning bieden, dus het heeft een andere functie. Maar als die erkenning er feitelijk niet komt, dan vind ik het wel een kat in de zak voor de burger. (...) In die zin vind ik het misleidend. We gebruiken het alleen in zo'n zaak als Robert M. Dat komt één keer in de tien jaar voor dat we dat doen. En als een feit heel ernstig is, als het met veel geweld is, dan kun je ook allerlei andere bepalingen gebruiken (...); dat is en was ook het probleem niet. (...) We moeten in ons vak soms snel zijn en ook razendsnel kunnen beslissen. Dat gaat moeilijk wanneer je ergens nog een artikel hebt dat op een onlogische plek staat en veel raakvlakken heeft met andere bepalingen.'

> *Officier 3*
> 'Door schrapping van dit artikel zal het echt een hoop duidelijker worden. Ik vind dit echt een draak van een artikel. Het gaat over alles heen, dwars door alles heen. (...) Als je het goed doet, dan zie je dat er heel veel dubbelingen inzitten en dat er hele rare maximeringen zijn die ook nog weer scheef zijn. Dat moet je niet zo doen. Dat moet je echt niet zo doen. (...) Het is vooral rommelig en heel slecht bij te houden in de praktijk. Want net als je het ongeveer door hebt is er weer een wijziging. Het is een drama met al die wijzigingen. Nu zijn we net een beetje over 1993 heen gegroeid, maar nu moet je bij elke strafverzwaring weer kijken, terwijl het eigenlijk helemaal niet nodig is, want netto gezien waren het toch al strafverhogende elementen. Als Europa dan zegt dat het erin moet, dan snap ik dat ook wel, maar het wordt er niet hoger van.'

---

daarbij aan op de inhoud van het dossier en de informatie die door het OM en de rechter tijdens de zitting worden geboden. Zie in dit verband ook voetnoot 145.

Officier 4
'Daar is natuurlijk over gezegd dat het een heel moeilijk leesbaar artikel is, wat ook vragen oproept over consistentie en keuzes daarin. De leesbaarheid vormt een bezwaar.'

Officier 5
'Dit artikel moet gewoon weggehaald worden. Dit zijn dus dingen die wat mij betreft allemaal onder de verschillende soorten delicten zouden moeten hangen. Dit is echt zo'n puzzelartikel. (...) Ik vind dit echt een waardeloos artikel. (...) Je moet eerst beslissen welk artikel of welke artikelen je ten laste wil leggen en dan moet je er helemaal bij gaan zoeken 'komt er dan nog wat extra's bij?' Dat is helemaal niet consequent voor alle begrippen. Dus weg er mee! Het moet ergens anders terechtkomen. De samenhang is ver te zoeken.'

Advocaat 3
Ik heb het nog eens even allemaal goed doorgelezen en ik vind het echt een gedrocht. (...) Ik heb echt het gevoel dat ze bij de implementatie van de richtlijn hebben gedacht van: 'better be safe than sorry; we zorgen gewoon dat we alles nog even er extra bij knallen en dan weten we zeker dat we goed zitten'. (...) Ik weet dat er altijd met die wetgevingsprocessen heel goed over wordt nagedacht, maar het lijkt echt alsof ze er geen zin in hadden om te kijken of er al aan voldaan was. En dat dat er maar even in gefietst is. Ik zeg: weg ermee. (...)'

Rechter 2
'Onleesbaar! Ik kan het wel lezen hoor, ik ben een slimme vrouw, maar het is onleesbaar. Je zou het gewoon anders op moeten zetten. Dit is zo'n gepuzzel, zo'n gedoe, want het loopt ook door elkaar. Dus het is zo versnipperd. Er zou iets beters te vinden moeten zijn. Dit is gewoon onleesbaar. (...)'

Overigens ziet niet elke respondent in art. 248 Sr een groot knelpunt gelegen, omdat het niet nodig is het artikel te gebruiken. Dat komt door de eerder besproken omstandigheid dat strafverzwarende gronden niet per se in de tenlastelegging hoeven te staan om toch bij de straftoemeting te kunnen meetellen, en doordat de strafmaxima van de gronddelicten volgens deze respondenten voldoende ruimte bieden.[148]

Wel is duidelijk naar voren gekomen dat de meerderheid van de respondentengroep veel van de zojuist behandelde vraagstukken over art. 248 Sr ook zelf constateert, en naar aanleiding daarvan vraagtekens zet bij de strekking en bruikbaarheid van het artikel. Opvallend is tevens dat alle geïnterviewde officieren van justitie moeite zeggen te hebben met het hanteren van art. 248 Sr. Dit komt tevens tot uiting in de wetgevingsnotitie van het openbaar ministerie over de zedendelicten, dat door een deel van de OM-respondenten is geschreven. De notitie sluit op dit punt af met het verzoek aan de wetgever herziening en opheldering te overwegen.[149]

[148] Zie de interviewfragmenten opgenomen in paragraaf 3.6.
[149] Zie herzieningssuggestie #177 e.v. (hoofdstuk 3). De volledige notitie is opgenomen in bijlage 3.

4.6.5 Afsluiting

Op grond van het voorgaande kan het volgende beeld van art. 248 Sr worden geschetst.

Door de vele wetswijzigingen van de afgelopen jaren is de zichtbaarheid van de bepaling sterk afgenomen, iets wat niet strookt met de kennelijke bedoeling van de bepaling in het huidige tijdsgewricht. Voorts bevat het een inconsistente en zeer complexe inhoud, die verwarring schept en fundamentele vragen oproept. Tegelijkertijd moet erkend worden dat de besproken onderdelen van art. 248 Sr nog niet zo oud zijn en dat de onzekerheden in zoverre niet hoeven te verrassen; bij elke nieuwe bepaling doen zich enige tijd vervelende onzekerheden voor. Het devies zou dus kunnen zijn om geduld te hebben en te wachten op rechtsvormende uitspraken van de rechter.

Het mag echter worden betwijfeld of het hier zinnig is de ontwikkelingen op hun beloop te laten. Ten eerste is het, hoewel benadrukt zij dat geen sluitend kwantitatief onderzoek is gedaan naar art. 248 Sr, onze indruk op basis van de interviews en de bestudeerde jurisprudentie dat het openbaar ministerie art. 248 Sr vaak ongebruikt laat. De ontoegankelijkheid van art. 248 Sr lijkt daarbij een belangrijke rol te spelen. Die keuze is begrijpelijk en sluit ook niet uit dat toch rekening wordt gehouden met de verzwarende omstandigheden. Maar tegen de achtergrond van de bedoeling van de wetgever en het uithollend effect op de normstellingen in art. 248 Sr is die keuze evenzeer onwenselijk te noemen. Ten tweede is niet goed voor te stellen hoe de rechter in de toekomst op consistente en inzichtelijke wijze systeem zou kunnen aanbrengen in de verschillende vraagstukken, gegeven de aard daarvan. Veel onduidelijkheden betreffen de complexe verhoudingen tussen leden van art. 248 Sr onderling, tussen art. 248 Sr en bepaalde gronddelicten, tussen art. 248 Sr en art. 273f Sr, en tussen art. 248 Sr en de verplichtingen uit Richtlijn 2011/93/EU. Naar het ons voorkomt is dat te veel om op het bord van de rechter te leggen, nog afgezien van de tijd die ermee gemoeid zou zijn om eenduidige uitspraken van hogere rechters af te wachten.

4.7 Conclusie

4.7.1 Herziening

In het voorgaande zijn de vraagstukken besproken die naar onze opvatting de meest significante uitwerking hebben op de samenhang, complexiteit en normstelling in de zedentitel.

Naar aanleiding van de daaruit voortvloeiende bevindingen, komen wij tot de conclusie dat de zedentitel inderdaad moet worden herzien. Die conclusie is in zekere zin evident, omdat een aantal verwarrende omstandigheden vraagt om eenvoudige correctie door de wetgever. Daarbij hebben wij de volgende correcties op het oog:

- het verwijderen van het bestanddeel ‘buiten echt’ uit art. 245 Sr (ontuchtig binnendringen bij iemand tussen de twaalf en zestien jaar) en art. 247 Sr (ontuchtige handelingen plegen met iemand jonger dan zestien jaar)[150];
- het wijzigen van het bestanddeel ‘een minderjarige’ in ‘een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar’ in art. 248 Sr (strafverzwaringsgronden), art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag) en art. 250 Sr (koppelarij)[151]; en
- het vermelden van art. 242 Sr (verkrachting) en art. 244 Sr (seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar) in art. 248 lid 7 Sr.[152]

Wij menen evenwel dat de overige vraagstukken van dien aard zijn dat een integrale herziening van de zedentitel zou moeten worden overwogen. In termen van het in paragraaf 1.2.3 gegeven toetsingskader, is volgens ons ‘in hoge mate sprake van onduidelijke samenhang, complexe regelingen en vage normstellingen’. Dit gronden wij op de diverse constateringen die in dit hoofdstuk zijn gedaan over samenhang, complexiteit en normstelling bij de waardering van de afzonderlijke vraagstukken. Samengevat gaat het om de volgende vastgestelde omstandigheden:

- de zeer ontoegankelijke structuur van de zedentitel[153];
- de onduidelijke strekking van het bestanddeel ‘ontucht’ in relatie tot de leeftijdsgrenzen in de zedentitel[154];
- de inconsistente wijze waarop het bestanddeel ‘ontucht’ in een bepaling wel of niet is opgenomen[155];
- het complexe en tot uiteenlopende interpretaties leidende onderscheid tussen het ‘plegen’ door de dader en het ‘plegen’ of ‘dulden’ door het slachtoffer[156];
- de complexiteit en zeer uiteenlopende interpretaties van de voorzetsels (plegen) *‘met’* en (dulden) *‘van’*[157]*;*
- het complexe stelsel van wel en niet geobjectiveerde leeftijden[158];
- de inconsistente verhouding tussen en uiteenlopende interpretaties van art. 247 Sr (ontuchtige handelingen plegen met iemand jonger dan zestien jaar), art. 248a Sr (uitlokken van ontucht) en art. 248d Sr (iemand jonger dan zestien jaar ertoe bewegen getuige te zijn van ontuchtige handelingen)[159];
- de inconsistente verhouding tussen art. 248d Sr (iemand jonger dan zestien jaar ertoe bewegen getuige te zijn van ontuchtige handelingen), art. 240a Sr (het vertonen van schadelijke afbeeldingen aan iemand jonger dan zestien jaar) en art.

---

150 Zie paragraaf 4.5.2.2.

151 Zie paragraaf 4.5.2.3. Hierbij zou in beginsel ook art. 240a Sr kunnen worden genoemd, maar de structuur van dit artikel maakt dat het bestanddeel ‘minderjarige’ daar beter kan worden vervangen door ‘een persoon’ (thans luidt het betreffende deel van art. 240a Sr: een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar).

152 Zie paragraaf 4.6.3.5.

153 Zie paragraaf 4.2.

154 Zie paragraaf 4.4.2 en 4.5.3.

155 Zie paragraaf 4.4.3.

156 Zie paragraaf 4.4.4.

157 Zie paragraaf 4.4.4 en 4.5.5.

158 Zie paragraaf 4.5.4.

159 Zie paragraaf 4.5.5.2.

239 Sr (schennis van de eerbaarheid), en de uiteenlopende interpretaties van de twee laatstgenoemde artikelen[160];

- de complexe strekking van art. 248c Sr (aanwezig zijn bij een seksshow waarbij een jeugdige is betrokken) en art. 240b Sr (kinderpornografie) afzonderlijk en in relatie tot elkaar[161];
- het bestaan van zeven vormen van uitlokken van ontucht met een derde[162];
- de onduidelijke functie van art. 248a Sr (uitlokken van ontucht) voor de bescherming van personen jonger dan zestien jaar[163];
- de onduidelijke functie van art. 249 lid 1 Sr (ontucht met misbruik van gezag) voor de bescherming van personen jonger dan zestien jaar [164]; en
- de uiteenlopende onduidelijkheden over de inhoud van de strafverzwaringsgronden (art. 248 Sr) en over hun relatie met andere bepalingen.[165]

Wij zijn ons ervan bewust dat een studie die gedetailleerd ingaat op de bestanddelen en verhoudingen in welk deel van het strafrecht ook, de aanzienlijke kans oproept dat een lange reeks bijzonderheden wordt gesignaleerd. De conclusie dat in 'hoge mate' sprake is van knelpunten, baseren wij dan ook niet op het aantal aantroffen vraagstukken, maar op de ingeschatte intensiteit daarvan. Die intensiteit is in de voorgaande paragrafen zo veel mogelijk geëxpliciteerd. In het bijzonder hebben de vraagstukken een sterke uitwerking op de grootste delictscategorie in de zedentitel: de seksuele delicten tegen jeugdigen. Alle hierboven opgesomde vraagstukken houden met deze delictscategorie verband.

Het is niet zo dat de vorige paragrafen volgens ons hebben laten zien dat jeugdigen in Nederland evident te weinig bescherming genieten. Voor zover wij kunnen overzien – dit viel buiten het bestek van deze studie – is de betreffende algemene dekking van het strafrecht in Nederland in grote lijnen gelijk aan de ons omringende landen. De geconstateerde kwetsbaarheden liggen vooral hierin, dat de seksuele delicten tegen jeugdigen niet meer goed van elkaar kunnen worden onderscheiden. Het materieelrechtelijke verschil tussen delicten met een zeer hoog strafmaximum en delicten met een laag strafmaximum is in veel gevallen niet meer te ontwaren, waardoor ook de kwalificaties en bestanddelen steeds minder indicatieve waarde hebben. Illustratief in dit verband is de recent in werking getreden 'Richtlijn voor strafvordering seksueel misbruik minderjarigen'[166] van het openbaar ministerie, waarin het volgende wordt overwogen:

> 'De wettelijke strafmaxima geven uitdrukking aan de ernst van een delict in verhouding tot andere delicten. (...) De maxima van de delicten betreffende ontucht met minderjarigen lijken echter een slechts zeer geringe indicatieve waarde te hebben.

---

160 Zie paragraaf 4.5.5.3.
161 Zie paragraaf 4.5.5.4.
162 Zie paragraaf 4.5.6.
163 Zie paragraaf 4.5.7.
164 Zie paragraaf 4.5.8.
165 Zie paragraaf 4.6.
166 *Stcrt.* 2015, 4052; in werking getreden op 1 maart 2015.

> Ten eerste kunnen qua ernst zeer uiteenlopende ontuchtige handelingen onder hetzelfde wetsartikel vallen. (...)
>
> Ten tweede kan eenzelfde soort handeling onder zeer veel verschillende wetsartikelen ten laste worden gelegd of zelfs onder meerdere tegelijk. (...)
>
> Bovendien blijkt dat de eerdergenoemde extra verwijten ook kunnen worden meegewogen in de strafmaat als een wetsartikel tenlaste wordt gelegd waarin dat specifieke verwijt niet in de delictsomschrijving zelf is opgenomen. (...)
>
> Bovenstaande maakt dat de wettelijke strafmaxima behorend bij de zedenartikelen geen duidelijkheid geven qua ernstgradatie van de ontuchtige handelingen. Bij het formuleren van de strafeis bieden de strafmaxima geen houvast. Zodoende acht het OM het niet noodzakelijk en tevens onwenselijk om voor elk wetsartikel betreffende ontucht met minderjarigen een aparte strafvorderingsrichtlijn te formuleren. Zoals gezegd is er in de kern bij al deze artikelen sprake van ontuchtige handelingen met een minderjarige in diverse ernstgradaties. Deze kern vormt het primaire strafrechtelijk verwijt. De bijkomende omstandigheden zoals dwang, verleiding of misbruik van gezag, dienen te worden opgevat als extra verwijten. Voor deze strafvorderingsrichtlijn is er zodoende voor gekozen om de ontuchtige handelingen zelf centraal te stellen.'

Tegelijkertijd blijkt uit de gepubliceerde feitenrechtspraak dat over de uitleg van de bestanddelen in de delicten met betrekking tot jeugdigen, regelmatig zeer verschillend wordt gedacht, en dat deze interpretaties in veel gevallen ook het verschil hebben bepaald tussen vrijspraak en veroordeling. Enerzijds kan dus worden gesproken van een afvlakking, anderzijds van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen.

Deze omstandigheden doen zich vooral voor bij de vervolging van handelingen zonder lichamelijk contact, in het bijzonder de vervolging van 'digitale ontucht' (seksuele handelingen in een digitale context). De onduidelijke afbakening van de betreffende bepalingen onderling en de uiteenlopende interpretaties van deze bepalingen, wekken sterk de indruk dat de zedentitel niet voldoende is uitgerust om daarin de verschillende vormen van *hands-off* misbruik en de toenemende digitalisering een duidelijke plaats te geven.

De geconstateerde kwetsbaarheden hebben dus niet primair te maken met de materieelrechtelijke bescherming van het slachtoffer, maar met de positie van de burger als verdachte of potentiële verdachte, en met de positie van de mensen die ambtshalve met de zedentitel te maken hebben. Uit deze studie kan blijken dat het voor officieren van justitie, advocaten, rechters en politici steeds lastiger wordt de zedenwetgeving te beoordelen. In dat verband hebben de vraagstukken uiteindelijk ook hun uitwerking op slachtoffers, wanneer bij hen de wens bestaat zich te beklagen over een vervolgingsbeslissing of zich tijdens het strafproces uit te laten over het bewijs, de kwalificatie en een passende strafmaat.[167]

---

[167] Zie in verband met dit laatste het aanhangige wetsvoorstel inzake de aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces (wetgevingsdossier 34 082). Voor dat voorstel lijkt op het moment van schrijven een groot politiek draagvlak te bestaan.

4.7.2 Aanvullende thema's

In hoofdstuk 2 (het eigen onderzoek) en hoofdstuk 3 (herzieningssuggesties in interviews en literatuur) zijn ook bijzonderheden naar voren gekomen die niet in dit hoofdstuk nader zijn geanalyseerd. Dat vindt zijn oorzaak voornamelijk hierin, dat een evaluatie van die bijzonderheden in overwegende mate dient plaats te vinden op grond van rechtspolitieke opvattingen. Hierbij valt onder meer te wijzen op de volgende vraagstukken:

- dient seksueel getinte communicatie met kinderen, als zodanig strafbaar te worden gesteld?[168];
- dient het heimelijk filmen met een seksuele strekking als zedendelict strafbaar te worden gesteld?[169];
- dient seksueel misbruik van overledenen, als zodanig strafbaar te worden gesteld?[170];
- dienen art. 242, 243, 244 en 245 Sr (bepalingen waarin het bestanddeel 'seksueel binnendringen' is opgenomen) ook van toepassing te zijn op het seksueel binnendringen bij de verdachte en op het seksueel binnendringen door het slachtoffer bij zichzelf? ;[171]
- dient de strafbaarstelling van verkrachting (art. 242 Sr) en aanranding (art. 246 Sr) te worden verruimd?[172]
- dient in art. 243 en 247 Sr de formulering van de geestelijke onmacht van het slachtoffer te worden aangepast?[173]

Vooral in de interviewverslagen is goed te zien dat ook de nodige voorstellen zijn gedaan op grond van rechtspolitieke visies. Voor die voorstellen verwijzen wij dan ook graag naar de belangwekkende discussies over de zedentitel in hoofdstuk 3.[174]

4.7.3 Afsluiting

De meest opvallende beperking van deze studie is er wellicht in gelegen dat een algehele herziening van de zedentitel wordt aangeraden, terwijl nauwelijks wordt aangegeven hoe een dergelijke herziening eruit zou moeten zien. Deze beperking is inherent aan de opzet van dit onderzoek en aan de uiteenlopende wijzen waarop verbeteringen hun beslag zouden kunnen krijgen. In ieder geval bestaat bij ons de overtuiging dat de zedentitel enerzijds nooit helemaal kan worden ontdaan van lastige bestanddelen en verbanden, maar

---

168 Zie paragraaf 2.4.4.6 en 2.4.4.11 voor het strafrechtelijk kader (in het bijzonder p. 140 e.v. en p. 180 e.v.) en paragraaf 3.8.2 voor de opvattingen van de voor deze studie geïnterviewde juristen.

169 Zie paragraaf 2.9.2 en de herzieningssuggesties genoemd in paragraaf 3.8.1.

170 Zie paragraaf 2.9.3.

171 Zie paragraaf 2.3.5.2 en 2.7.2, en voorts de herzieningssuggesties #27 en #169 in hoofdstuk 3.

172 Zie paragraaf 2.7.3 en 2.7.4, en voorts de herzieningssuggesties genoemd in paragraaf 3.5.

173 Zie de herzieningssuggesties genoemd in paragraaf 3.3.

174 Zie paragraaf 3.9 voor een thematisch overzicht van alle herzieningssuggesties.

anderzijds aanzienlijk helderder en meer gestructureerd kan worden vormgegeven dan nu het geval is.

Ten slotte merken wij op dat de conclusie dat een integrale herziening zou moeten worden overwogen, niet tevens inhoudt dat de vraagstukken nopen tot de wijziging van elke afzonderlijke bepaling. Denkbaar is ook dat bepaalde besproken delictsomschrijvingen in hun huidige vorm blijven bestaan, maar door de wetgever opnieuw worden geaccepteerd, gerangschikt en toegelicht met het oog op de gerezen vraagpunten.[175] In zoverre zou kunnen worden gesproken van gedeeltelijke herziening en volledige herijking.

175 Vgl. De Hullu 2007, p. 173, naar aanleiding van de constatering dat het aanbeveling verdient het gehele Wetboek van Strafrecht gefaseerd te herzien.

Summary

Introduction

This study examines whether the legislation on sexual offences (Title XIV, Book II of the Dutch Criminal Code) should be revised. In itself this question is not new. Since the introduction of the Title on sexual offences in 1886 amendments have frequently been proposed and many of them have led to ratification. In other words, the Title on sexual offences has already often been subject to change. A great deal has been built on to the old foundation dating from 1886, some of these additions have later been taken down or moved, and in recent decades various new additions have been made. Precisely because of this, the question of revision has arisen again, but now more in the sense of a systematic overhaul.

As early as in 1980 a comprehensive revision was proposed by the Advisory Committee on Sexual Offences Legislation (the Melai Committee). However, political developments meant this did not happen; the only result was some important but limited amendments which were implemented in 1991. In 1993, 1994, 1996, 2000 and 2002 new amendments were made to the Title on sexual offences, partly on the basis of international agreements. When the amendments of 2002 were being prepared, there were calls for reconsideration of a complete overhaul, but in the Minister's opinion a full revision was not an option at that time because haste was required due to international obligations. It would be up to a following government to see if a complete overhaul should be undertaken. Nor did the Minister see any content-related reason to proceed to a more comprehensive revision.

In subsequent years the question of revision did not arise again. However, the Title on sexual offences was amended again in 2005 and 2010, partly on the basis of international instruments. When the most recent amendments of 2014 – which were necessary because of a new European Union directive – were being prepared, the Council of State drew attention to some apparent inconsistencies which would result from the proposed amendments. The Council also questioned whether there would still be enough balance between the various maximum sentences in the Title on sexual offences. In the Council's opinion the developments did not enhance the clarity of the standards established. The government was asked to examine the desirability of reviewing and simplifying the Title on sexual offences in the future.

According to the Minister, the previous amendments had not led to a breakdown in the consistency of the penal provisions or a pronounced imbalance in the various maximum sentences. Nor was he aware of any complaints of this nature from the legal profession. However, in response to the Council of State's criticism, the Minister did commission the present study. The objective of the study was, within a limited period of time, to answer the question

whether the Title on sexual offences, in connection with possible defects in its internal consistency, should be completely or partially revised.

Study design and questions

This study objective resulted in the formulation of the following three assessment factors with accompanying definitions:

> *Consistency*
> The extent to which an explainable and rational relationship exists between the elements of a particular provision, between the different provisions of the Title on sexual offences, and between those provisions and provisions outside the Title, including provisions of international origin.
>
> *Complexity*
> The extent to which an effort must be made to fathom the meaning of and connections between provisions.
>
> *Standards*
> The standards as expressed in the elements and the maximum sentence in a provision and the relationship between that maximum sentence and those in other provisions.

The question whether the Title on sexual offences should be revised is related to these three factors. The importance of having criminal law that is sufficiently consistent, is not too complex and sets clear standards was then associated with three groups of stakeholders: the public, the legal profession and politicians.

Because it is clear that the assessment factors are difficult to quantify and that no specific benchmark can be designated beyond which a thorough overhaul is required, we had to use rougher and not fully objectifiable gradations. This study took the following criterion as its basic principle:

> The Title on sexual offences should be thoroughly overhauled if it is found that there is a high degree of inconsistency, complex regulations and vague standards.

The Minister's responses discussed above, to the question whether the Title on sexual offences needed to be revised, reflects similar criteria. The criterion chosen for this study implicitly takes into account the caution which must be observed with regard to an overhaul of the Title on sexual offences. The point of departure is that the benefits of a revision will, by definition, outweigh the costs of legislation when the public, the legal profession and politics have to deal with a *high degree* of inconsistency, complex regulations and vague standards. In the researchers' opinion, it must also be borne in mind that the cost-benefit analysis involved is not purely economic, but also constitutional.

The leading question in this study is whether the state of the Title on sexual offences in terms of consistency, complexity and standards gives rise to the conclusion that the Title should undergo a thorough revision. This general question was divided into the following four research questions. The chapter

numbers in brackets show in which chapters the various questions are discussed.

> *Research question 1*
> What details are striking in the definitions of sexual offences in terms of consistency, complexity and standards? (Chapter 2)
>
> *Research question 2*
> What suggestions for revision in terms of consistency, complexity and standards were made in interviews with lawyers? (Chapter 3)
>
> *Research question 3*
> What suggestions for revision in terms of consistency, complexity and standards have been made in the literature since 1999? (Chapter 3)
>
> *Research question 4*
> Do the answers to the previous questions give rise to the conclusion that the Title on sexual offences should undergo a thorough revision? (Chapter 4)

Chapter 2 and Chapter 3

Chapters 2 and 3 are not structured according to the classification of sexual offences in the legislation on sexual offences, but have their own structure. This choice was a result of the observation that this approach made it easier to identify and prioritize groups of offences in the study. The main groups of offences are: (i) sexual offences against juveniles, (ii) sexual offences against mentally or physically disabled people, (iii) sexual offences against functionally dependent people, (iv) sexual offences by force, and finally (v) grounds for increased maximum penalties.

Chapter 2 analyses the Title on sexual offences in terms of consistency, complexity and standards, using national and international regulations, legislative history, case law and literature. This chapter also contains general introductions to various sexual offences, so that not only the details that struck us are discussed, but also the basic structures underlying the Title on sexual offences.

The analyses examine the following subjects in detail: the content and placement of the element of 'indecency' (*ontucht*); the different ways in which this element is linked to acts of either the perpetrator or the victim; age limits and culpability in relation to sexual offences against juveniles; the extent to which sexual offences apply to sexual contact (digital or otherwise) with juveniles in which no physical contact is involved; the different ways in which 'incitement to indecency' (*uitlokken van ontucht*) has been penalized; and finally, grounds for increased maximum penalties.

Chapter 3 reports on the suggestions made for revision of the sexual offences Title during the interviews held for this study and in the literature. Seventeen interviews with lawyers were held for the study and a separate literature review was carried out. The interviews were with lawyers who have to deal with the sexual offences Title in the course of their work. Five public prosecutors, five criminal lawyers, five judges, the National Rapporteur on Human Trafficking and Sexual Violence against Children and a criminal law research-

er were interviewed. The literature review also made use of a legislative memorandum (included in this study as Appendix 3) given to us by the Public Prosecution Department's Board of Procurators-General. This document was written by three public prosecutors involved with sexual offences and contains a number of specific suggestions for revision of the Title on sexual offences, explaining the reasons. Because these public prosecutors were also asked to comment on the sexual offences Title as respondents, readers should be aware that the legislative memorandum cannot be regarded as a source that is entirely independent of the interviews.

The analysis of the interviews and the literature resulted in almost two hundred suggestions for revision. In Chapter 3 these have been classified according to topic.

Chapter 4

Chapter 4 evaluates those issues which seem to have the biggest negative impact on consistency, complexity and standards in the Title on sexual offences. Because of the large number of offences and connections between them, the evaluation frequently refers to the analyses in Chapter 2.

In particular, we examined legal structure, the mixed character and headings of Title XIV, the 'indecency' element and the context in which that element functions, sexual offences against juveniles, and grounds for increased maximum sentences.

On the basis of our findings, we came to the conclusion that the Title on sexual offences should in fact be revised.

First of all we would like to point out that in some cases quite simple amendments by the legislator would resolve certain issues:

- remove the term 'out of wedlock' ('*buiten echt*') from Articles 245 and 247 of the Dutch Criminal Code[1];
- change the phrase 'a minor' ('*een minderjarige*') into 'a person below the age of 18' (Articles 248, 249 and 250 of the Dutch Criminal Code)[2]; and
- make reference to Articles 242 and 244 of the Dutch Criminal Code in Article 248(7) of the Dutch Criminal Code.[3]

Nevertheless, in the researchers' opinion the other issues are of such a nature that a comprehensive revision of the Title on sexual offences should be considered by the legislator. In terms of the stated criterion, there is, according to the researchers, 'a high degree of inconsistency, complex regulations and vague standards'. This conclusion is supported by the various observations

---

1 See Section 4.5.2.

2 See Section 4.5.2.3. In principle the same might apply to Art. 240a of the Dutch Criminal Code, but because of the structure of the article, in this case it would be better to replace the term 'minor' with 'person' (at present the relevant part of Article 240a reads: 'a minor he knows or could reasonably be expected to know is younger than sixteen years of age').

3 See Section 4.6.3.5.

made in Chapter 4 regarding consistency, complexity and standards in relation to the assessment of the separate issues. To summarize, the following points were established:

- the highly inaccessible structure of the Title on sexual offences[4];
- the unclear meaning of the term 'indecency' in relation to the age limits in the Title on sexual offences[5];
- the inconsistent way in which the term 'indecency' is included or not included in a provision[6];
- the complex distinction, open to a variety of interpretations, between 'perpetrating' by the perpetrator and 'perpetrating' or 'tolerating' by the victim[7];
- the complexity and very widely ranging interpretations of the prepositions 'with' (perpetration 'with') and 'of' (toleration 'of')[8];
- the complex system of ages, some of which are and some of which are not 'objective' – i.e. it is actual age that counts, not the age the perpetrator thought the victim was[9] ;
- the inconsistencies between and the widely varying interpretations of Articles 247, 248a and 248d of the Dutch Criminal Code[10] ;
- the inconsistencies between Articles 248d, 240a and 239 and the widely varying interpretations of Articles 240a and 239 of the Dutch Criminal Code[11];
- the complex content of Articles 248c and 240b of the Dutch Criminal Code both separately and in relation to each other[12];
- the existence of seven forms of incitement to indecency with a third party[13];
- the unclear function of Article 248a as regards the protection of persons under the age of 16[14];
- the unclear function of Article 249(1) as regards the protection of persons under the age of sixteen[15]; and
- the wide variety of ambiguities regarding the content of the grounds for increased maximum sentences and their relationships with other provisions.[16]

The researchers realize that a study that examines in detail the components of and their interrelationships in any part of criminal law will be very likely to discover a large number of peculiarities. The conclusion that a 'high degree' of defects was present was therefore not based on the number of issues found, but on their estimated intensity. In particular, in the researchers' view the problems have a strong impact on the biggest group of offences in this Title –

4 See Section 4.2.
5 See Section 4.4.2 and 4.5.3.
6 See Section 4.4.3.
7 See Section 4.4.4.
8 See Section 4.4.4 and 4.5.5.
9 See Section 4.5.4.
10 See Section 4.5.5.2.
11 See Section 4.5.5.3.
12 See Section 4.5.5.4.
13 See Section 4.5.6.
14 See Section 4.5.7.
15 See Section 4.5.8.
16 See Section 4.6.

sexual offences against juveniles. All of the issues listed above are related to this category of offences.

The study did not show that juveniles in the Netherlands clearly have too little protection. As far as could be ascertained, broadly speaking Dutch criminal law provides the same general protection as surrounding countries. In the researchers' opinion, the main weakness identified is that it is no longer possible to distinguish sexual offences against juveniles from each other. In many cases the substantive difference between offences with a very high maximum penalty and offences with a low maximum penalty is impossible to discover, which means that the details and components have become less and less indicative. The researchers believe this is made clear in the Public Prosecution Service's 'Guideline for Prosecuting Cases of Sexual Abuse against Juveniles', which recently came into force. This Guideline finds that the maximum sentences for sexual offences do not provide an adequate frame of reference for making choices about prosecution and determining sentences.

At the same time it is evident from published judgments of lower courts that opinions about the interpretation of the components of offences against juveniles frequently vary widely, which in many cases made the difference between an acquittal and a conviction. In other words, on the one hand there is a kind of levelling out of offences, but on the other hand similar cases are treated unequally.

These factors are mainly seen in the prosecution of acts not involving physical contact, particularly the prosecution of 'digital indecency' (sexual acts in a digital context). The researchers have a strong impression that the sexual offences Title is not adequately equipped to give a clear place to the various forms of 'hands-off' abuse and increasing digitization.

According to the researchers, the weaknesses identified do not primarily relate to the substantive protection of victims, but to the position of members of the public as suspects or potential suspects, and the position of people who have to deal with the sexual offences Title in the course of their work. This study may show that for public prosecutors, defence lawyers, judges and politicians it is becoming increasingly difficult to assess the state of affairs regarding sexual offences. Ultimately these issues also affect victims, if they wish to complain about a prosecutorial decision or wish to express an opinion during the criminal proceedings about the evidence, the label of the offence or an appropriate punishment.[17]

In Chapter 2 (our own analyses) and Chapter 3 (suggestions for revision in interviews and the literature) some peculiarities emerged which are not analysed in further detail in Chapter 4. The main reason for this is that an evaluation of these peculiarities should be based primarily on views on legal policy. Some of the questions involved are:

---

17 As regards this last element, see the pending Bill on supplementing the rights of victims and survivors to be heard in criminal proceedings (legislation file 34 082). At the time of writing there seems to be a considerable amount of political support for this Bill.

- should communication with children that has sexual overtones be punishable as such?[18]
- should covert filming with a sexual purpose be made punishable as a sexual offence?[19]
- should the sexual abuse of deceased persons be made punishable as such?[20]
- should Articles 242, 243, 244 and 245 of the Dutch Criminal Code also apply to sexual penetration of the suspect and sexual self-penetration by the victim?[21]
- should the penalization of rape and sexual assault be broadened?[22]
- should the wording of passages about mental incompetence in Articles 243 and 247 of the Dutch Criminal Code be adapted?[23]

The proposal that a complete overhaul of the legislation be considered is accompanied by the knowledge that it will never be possible to remove all the difficult elements and interconnections from the sexual offences Title. Nevertheless, the researchers are convinced that the Title could be considerably clearer and more structured than it is now.

Finally it should be noted that the proposal that a complete overhaul of the legislation be considered, does not imply that in the researchers' view the problems necessarily require the whole Title to be amended. It is also conceivable that some of the discussed offence definitions might retain their current form, but that the legislature would reapprove and reclassify them and add explanatory notes relating to the problems that have arisen. In that respect the proposal, we might say, is for partial revision and complete rethinking.

18 See Section 2.4.4.6, 2.4.4.11 and 3.8.2.
19 See Section 2.9.2 and 3.8.1.
20 See Section 2.9.3.
21 See Section 2.3.5.2 and 2.7.2, and also revision suggestions #27 en #169 in Chapter 3.
22 See Section 2.7.3 and 2.7.4, and also the revision suggestions mentioned in section 3.5.
23 See the revision suggestions mentioned in section 3.3.

Literatuur

Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1973
Tweede interimrapport van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving: prostitutie (Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving), Den Haag: Staatsuitgeverij 1977.

Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1977
Derde interimrapport van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving: prostitutie (Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving), Den Haag: Staatsuitgeverij 1977.

Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving (Commissie-Melai) 1980
A.L. Melai, *Eindrapport van de adviescommissie zedelijkheidswetgeving*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1980.

Altena-Davidsen, *AAe* 2012
J.G.H. Altena-Davidsen, 'De reikwijdte van de plicht tot conforme interpretatie in het strafrecht tegen de achtergrond van de verhouding tussen de Europese en de nationale rechtsorde', *Ars Aequi* 2012, p. 552-561.

J. Anker, *NbStraf* 2015/47
J. Anker, 'Grenzen aan het medeplegen', *NbStraf* 2015/47.

Ashworth 2013
A Ashworth, 'Should Strict Criminal Liability be Removed from all Imprisonable Offences?' in: A. Ashworth (ed.), *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 107-129.

Baauw, *AAe* 1988
P.J. Baauw, 'Zuivere verkrachting?', *AAe* 1988, afl. 9, p. 575-586.

Van Bemmelen 1967
J.M. van Bemmelen, 'Preadvies over vergelijking van het Belgisch en Nederlands recht in zake de voornaamste zedendelicten', in: *Jaarboek van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink 1967.

Van Bemmelen-Van Hattum 1953
J.M. van Bemmelen & W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht, Deel 1: algemene leerstukken*, Arnhem: Gouda Quint 1953.

Van Bemmelen-Van Hattum 1954
J.M. van Bemmelen & W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht, Deel 2: bijzondere delicten*, Arnhem: Gouda Quint 1954.

Benedet & Grant 2010
J. Benedet & I. Grant, 'Sexual assault of women with mental disabilities: a Canadian perspective', in: C. McGlynn & V.E. Munro,(ed.), *Rethinking rape law - International and comparative perspectives*, London: Routledge 2010.

Besselink & Wessel 2009
L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht: een 'neo-monistische' benadering*. Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Blackstone 2004
K. Stevenson, A. Davies & Michael Gunn, *Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003*, Oxford: OUP 2004.

Boelrijk 1997
M. Boelrijk, *Minderjarige zedendelinquenten en het strafrecht: de strafrechtelijke aanpak van minderjarige plegers van seksuele delicten*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1997.

Borgers & De Graaf 2015
M.J. Borgers & F.C.W. de Graaf, 'Europees strafrecht', in R. van Elst & E. van Sliedregt (Eds.), *Handboek internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, Deventer: Kluwer 2015, p. 11-69.

Borgers, Koopmans & Kristen 1998
M.J. Borgers, I.M. Koopmans & F.G.H. Kristen (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Van den Brink & Milani 2014
S.E. van den Brink & S.M. Milani, *Zedelijkheidswetgeving*, Praktijkwijzer Strafrecht, deel 6, Deventer: Kluwer 2014.

Corstens, *NtEr* 2006/0102
G.J.M. Corstens, 'Eerste 'strafarrest' van het Hof van Justitie EG over een kaderbesluit', *NtEr* 2006/0102, p. 24-28.

Van Dijk 2008
A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2008.

Van Dijk 2013
A.A. van Dijk, 'Honderdzesenzeventig stellingen over het spreekrecht en het tweefasenproces', in: A. A. van Dijk, E. Gritter, B. F. Keulen, N. J. M. Kwakman, & K. Lindenberg (Eds.), *Naar een tweefasenproces? Over voor- en nadelen van een strafproces in twee fasen, in relatie tot de posities van slachtoffer en verdachte*, Zutphen: Paris 2013, p. 89-193.

Duker 2003
M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2003.

Dupont 1979
L. Dupont, *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen/Arnhem: Kluwer-Gouda Quint 1979.

Fleuren 2004
J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2004.

Fleuren 2005
J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter' (preadvies NVIR), *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005.

Gooren, *TvV* 2011/2
J. Gooren, 'De strafrechtelijke bescherming van jongeren tegen seksuele contactlegging', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2011/2.

Gössel 2005
K.H. Gössel, *Das neue Sexualstrafrecht*, Berlijn: De Gruyter Recht 2005.

De Graaf e.a. 2007
H. de Graaf, M. Höing, M. Zaagsma & I. Vanwesenbeeck, *Tienerseks - Vormen van instrumentele seks onder tieners*, Den Haag: WODC 2007.

Groenhuijsen & Kristen, *DD* 2001
M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kristen, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald', *DD* 2001, p. 330-346.

Van Hamel 1927
G.A. van Hamel, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, 's-Gravenhage: Belinfante 1927.

Haverkate, *Strafblad* 2013
G.C. Haverkate, 'Object en subject in taal en recht. Oftewel: kan een niet bestaande persoon jonger zijn dan zestien jaar?', *Strafblad* 2013, p. 483-484.

Hazelhoff-Heemskerk-Polenaar 1890
K. Hazelhoff, Th. Heemskerk & B.J. Polenaar, *Het wetboek van strafrecht / in doorloopende aanteekeningen verklaard door K. Hazelhoff, Th. Heemskerk en B.J. Polenaar*, Amsterdam: [s.n.] 1890.

Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996
J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 1996.

Van der Hof, *Strafblad* 2014
S. van der Hof, 'Online grooming – een geval van technopaniek?', *Strafblad* 2014, p. 19-25.

Van Hoorn 2015
A.M. van Hoorn, *Het buitenlandse (kind)huwelijk in het Nederlandse strafrecht*, Wetenschappelijk Bureau OM (WBOM 2015/008, intern rapport, niet gepubliceerd).

De Hullu 2007
J. de Hullu, 'Inspiratie uit de West voor een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafrecht', in: B.F. Keulen, G. Knigge, & H.D. Wolswijk (Eds.), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: WLP 2007, p. 155-176.

De Hullu 2012
J. de Hullu, *Materieel strafrecht; Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.

De Hullu & Van der Neut 1985
J. de Hullu & J.L. van der Neut, *Zedelijkheidswetgeving in beweging*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.

Hulsman 1983
L. H. C. Hulsman, 'Kriminele politiek en (strafrechtelijke) zedelijkheidswetgeving', in: *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A. L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint, 1983.

Van Kempen 2006
P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Communautaire doorwerking en straf(proces)-recht. Over toepassing van directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid in strafzaken en het belang bij ruimere implementatiemarges', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (Ed.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 73-104.

Van Kempen 2008
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nijmegen: WLP 2008.

Kerstens 2012
J. Kerstens, 'Inleiding', in: J. Kerstens & W.Ph. Stol (red.), *Jeugd en Cybersafety. Online slachtoffer- en daderschap onder Nederlandse jongeren*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, p. 11-29.

Klip, *EJCCLCJ* 2014
A.H. Klip, 'Contra legem', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014 (2), p. 105-113.

Kooij, *Strafblad* 2013
M.M.M. Kooij, 'De juridische schemerzone van het heimelijk filmen', *Strafblad* 2013, p. 248-252.

Kool, *DD* 1992
R.S.B. Kool: 'Ontucht: een rechts(on)zeker begrip?, *DD* 1992, p. 251-270.

Kool 1999
R.S.B. Kool, *De strafwaardigheid van seksueel misbruik* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1999.

Kool 2008
R.S.B. Kool, 'Verantwoorde seks. Een oriëntatie op de strafbaarstelling van verkrachting', in: A. A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden: liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom 2008, p. 223-233.

Kool, *DD* 2010/80
R.S.B. Kool, 'Better safe, than sorry? Over de legitimiteit van strafbaarstelling van seksueel corrumperen van minderjarigen en grooming', *DD* 2010/80, 1264-1294.

Kool 2011
R.S.B. Kool, 'Eer is teer: een beschouwing over de grondslag van de strafbaarstelling van seks met dieren en dierenpornografie', in: J.P. van der Leun, E.R. Muller, N. van der Schee, P.M. Schuyt en M.A.H. van der Woude, *De vogel vrij: liber amicorum prof. dr. mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma 2011, p. 353-367.

Lindenberg 2007
K. Lindenberg, *Strafbare dwang – Over het bestanddeel 'dwingen' en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr* (diss. Groningen), Maklu: Antwerpen/Apeldoorn, 2007.

Lindenberg, *International Criminal Law Review* 2011
K. Lindenberg, 'Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives (Book Review)', *International Criminal Law Review* (11) 2011, p. 891-899.

Lindenberg 2013a
K. Lindenberg, 'Much to be appreciated… Over positieve verplichtingen en laakbaar gedrag dat in de gaten loopt', in: A. Dijkstra, B.F. Keulen & G. Knigge (red.), *Het Roer Recht – liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra*, Zutphen: Paris, 2013, p. 243-256.

Lindenberg 2013b
K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards en C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 501-530.

Lindenberg 2015
K. Lindenberg, *Herinvoering van een pooierverbod?: Een inventarisatie van opvattingen in het juridisch werkveld over eventuele herinvoering van een strafrechtelijk pooierverbod*, Zutphen: Paris 2015 (tevens beschikbaar op <www.rijksoverheid.nl>).

Lünnemann e.a. 2006
K.D. Lünnemann, S. Nieborg, M. Goderie, R.S.B. Kool & G. Beijers, *Kinderen beschermd tegen seksueel misbruik – Evaluatie van de partiële wijziging in de zedelijkheidswetgeving*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut/WODC 2006.

Melai 1981
A.L. Melai, 'Aspecten van de zedelijkheidswetgeving', in: *Strafrechtspolitiek – patiëntenrecht in de psychiatrie; een publicatie van het Psychiatrisch Juridisch Gezelschap*, nieuwe reeks nr. 1, Amsterdam: Van Rossen 1981.

Mevis 2003
P.A.M. Mevis, 'Enkele opmerkingen over aard, formulering en toepassing van bepaalde straf(maximum)verhogende omstandigheden, recidive en terroristisch misdrijf in het bijzonder', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (Eds.), *Glijdende schalen (J. de Hullu-bundel),* Nijmegen: Wolff Legal Publishers 2003, p. 433-451.

Mevis, *DD* 2012/1
P.A.M. Mevis, '(Te) lang opsluiten? De wettelijke begrenzing van de maximumduur van de gevangenisstraf', *DD* 2012/1.

Moerman & Mevis, *DD* 2013/47
E.M. Moerman & P.A.M. Mevis, 'De Novelle Cort van der Linden en zijn betekenis voor de discussie over enige actuele aspecten van materieel strafrecht', *DD* 2013/47.

Mulder 1987
G.E. Mulder, 'Vage normen. Beschouwingen over het 'Lex Certa' beginsel', in: C.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten & T.W. van Veen (red.), *Naar eer en geweten. Liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427.

Notitie OM 2014
E.H.G.Kwakman, S.S. Hensels-Van Straaten & M.J.C. Spoormaker, *Notitie Titel XIV, misdrijven tegen de zeden- Voorstellen voor verbetering van de zedenparagraaf in het Wetboek van Strafrecht*, (niet gepubliceerd; opgenomen in bijlage 3)

Noyon 1912
T.J. Noyon, *De Strafbepalingen der Wet van 20 Mei 1911, Staatsblad No. 130, tot bestrijding van zedeloosheid, Supplement op: Het Wetboek van Strafrecht verklaard*, Arnhem: Gouda Quint 1912.

NRM 2011
Nationaal Rapporteur Mensenhandel, *Kinderpornografie – Eerste rapportage van de nationaal rapporteur*, Den Haag: BNRM 2011.

NRM 2014
Nationaal Rapporteur Mensenhandel en Seksueel Geweld tegen Kinderen, *Op goede grond. De aanpak van seksueel geweld tegen kinderen*, Den Haag: Nationaal Rapporteur 2014.

Ölçer, *Strafblad* 2014/3
F.P. Ölçer, 'De lokmethode bij de opsporing van grooming', *Computerrecht* 2014/3.

Ontwerp-Van der Linden 1900
Herziening van het Wetboek van Strafrecht – Deel 1; wetsontwerpen en toelichting, 's- Gravenhage: Gebr. Belifante 1900.

Osborn 1979
A.F. Osborn, *Applied imagination. Principles and procedures of creative problem-solving*, New York: Charles Scribner's Sons 1979.

Otte, *VR* 2015/49
R. Otte, 'De innige relatie tussen strafbaarstelling en strafmaxima in het verkeer en bij doodslag', *VR* 2015/49.

Pompe 1947
W.P.J. Pompe, *Strafrecht en zedelijkheid, rede uitgesproken door W.P.J. Pompe* (reeks: Vereeniging tot het Bevorderen van de Beoefening der Wetenschap onder de Katholieken in Nederland), Den Haag: Ten Hagen 1947.

Pompe 1959
W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959.

Postma, *DD* 2015/14
A. Postma, Facetten van medeplegen, *DD* 2015/14.

Rijken 2012
C. R. J. J. Rijken, 'Doorwerking van richtlijnen in Nationaal Strafrecht. Consequenties van de richtlijn mensenhandel in de rechtszaal', *Strafblad*. 2012/3, p. 207-215.

Robinson 2005
P.H. Robinson, 'Fair notice and fair adjudication: two kinds of legality', *University of Pennsylvania Law Review* 2005, p. 335-398.

De Roos, *NJB* 2010/1790
Th. de Roos, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2010/1790.

Rozemond, *NJB* 1997
K. Rozemond, 'De teleologie van de bewusteloosheid en de lichamelijke onmacht', *NJB* 1997, p. 1332-1334.

Rozemond, *AAe* 2013
K. Rozemond, 'Tongzoen', *AAe* 2013, p. 839-845.

Rozemond, *AAe* 2014
K. Rozemond, 'Nogmaals de tongzoen', *AAe* 2014, p. 291-296.

De Savornin Lohman e.a. 1998
J. de Savornin Lohman e.a., *Het functioneren van het klachtvereiste in de zedelijkheidswetgeving*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 1998.

Schalken 1972
T. Schalken, *Pornografie en strafrecht: Beschouwingen over het pornografiebegrip en zijn juridische hanteerbaarheid*, Arnhem: Gouda Quint, 1972.

Schrama, *DD* 2009/25
W.M. Schrama, 'Familierelaties terecht (niet) in het strafrecht?', *DD* 2009/25.

Simons 1937
D. Simons, Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, Eerste deel: algemene leerstukken, zesde druk, bewerkt door W.P.J. Pompe, Groningen: Noordhoff 1937.

Simons/Pompe 1941
D. Simons, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht: II Bijzondere strafbare feiten*, Groningen/Batavia: Noordhoff 1941.

Smeets, *Strafblad* 2013
S.F.J. Smeets, 'De 'lokpuber': een mislukt experiment', *Strafblad* 2013, p. 332-338.

Smidt I
Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht – volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz., bijeengebracht en gerangschikt door H.J. Smidt, tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen door J.W. Smidt, eerste deel, Haarlem 1891.

Smidt II
Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht – volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz., bijeengebracht en gerangschikt door H.J. Smidt, tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen door J.W. Smidt, tweede deel, Haarlem 1891.

Smidt III
Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht – volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz., bijeengebracht en gerangschikt door H.J. Smidt, tweede druk, herzien en aangevuld met de wijzigingen door J.W. Smidt, derde deel, Haarlem 1892.

Soetenhorst-de Savornin Lohman & Jansz 1986
J. Soetenhorst-de Savornin Lohman & U. Jansz, *Seksueel geweld zal de wetgever een zorg zijn*, Arnhem: Gouda Quint 1986.

De Souter & Janssens de Bisthoven 2011
V. De Souter & C. Janssens de Bisthoven, 'Naar een versterkt juridisch EU-kader ter bestrijding van seksueel misbruik, seksuele uitbuiting en kinderpornografie: van kaderbesluit naar richtlijn', *Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten* 2011, p. 223-226.

Spronken, *NJB* 2014/792
T. Spronken, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2014/792.

Swildens-Rozendaal 1995
W.J.C. Swildens-Rozendaal, *Seksuele integriteit en rechtsbescherming (opgesteld in opdracht van het bestuur van de Partij van de Arbeid, door de Commissie "Overheid en Seksuele Integriteit" onder voorzitterschap van W.J.C. Swildens-Rozendaal)*, Delft: Eburon 1995.

T&C Sr 2014
C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Strafrecht Tekst & Commentaar - Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2014.

Uzman 2013
J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Van Veen, *DD* 1980
Th. W. van Veen, 'Misdrijven tegen de zeden', *DD* 1980, p. 685-687.

Vellinga 1982
W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1982.

Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008
F. Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, *'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Wiarda 2012
J.J. Wiarda, 'Deelonderzoek 2a: Onderzoek naar seksueel misbruik van kinderen die onder verantwoordelijkheid van de overheid zijn geplaatst in instellingen en bij pleegouders. Beschrijving van het relevante juridische kader', in: *Commissie Samson - Omringd door zorg, toch niet veilig. Seksueel misbruik van door de overheid uit huis geplaatste kinderen, 1945 tot heden*, Amsterdam: Boom Amsterdam, p. 692-818.

Zeegers 1999
N. Zeegers, *Dwang en vrijwilligheid in heteroseksuele relaties* (diss.), Amsterdam: Rozenberg Publishers 1999.

Bijlage 1
Samenstelling van de begeleidingscommissie

Voorzitter

prof. mr. Th.A. de Roos	*emeritus-hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht Universiteit van Tilburg;* *raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Den Bosch*

Leden

mr. dr. J.B.J. van der Leij	*Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC)*
drs. E.J.H. Planken	*beleidsadviseur, Ministerie van Veiligheid en Justitie*
mr. J. Choudhury	*beleidsadviseur, Ministerie van Veiligheid en Justitie*
mr. F.J.E. Krips	*coördinerend raadadviseur bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie, Directie Wetgeving en Juridische Zaken, sector straf- en sanctierecht* (commissielid tot 1 oktober 2014; opgevolgd door mr. M.B. Langius)
mr. M.B. Langius	*raadadviseur bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie, Directie Wetgeving en Juridische Zaken, sector straf- en sanctierecht* (commissielid vanaf 1 september 2014, als opvolger van mr. F.J.E. Krips)
mr. I.E. Leenhouwers	*strafrechtadvocaat, partner bij Veraart* *De Granada Strafrechtadvocaten te Alkmaar*
mr. dr. L.A. van Noorloos	*universitair docent straf(proces)recht,* *Tilburg University*
mr. E.H.G. Kwakman	*landelijk officier van justitie Huiselijk Geweld en Zeden*
mr. S.M. Milani	*rechter in de Rechtbank Overijssel*
mr. L. van Krimpen	*onderzoeker Bureau Nationaal Rapporteur*
mr. S.E. van den Brink	*tijdelijk onderzoeker Bureau Nationaal Rapporteur* (plaatsvervangend lid tijdens zwangerschapsverlof van mr. L. van Krimpen)

Bijlage 2
Interviewvragen

WODC-onderzoek: herziening van de zedendelicten?
Interviews

Inleiding op de interviewvragen

Dienen de zedendelicten te worden herzien?
Het onderhavige onderzoek richt zich op de vraag of de zedendelicten (titel XIV, boek II, Wetboek van Strafrecht) dienen te worden herzien. Daarbij wordt in het bijzonder gelet op drie factoren – samenhang, vereenvoudiging en normstelling – die hieronder nader worden geduid. Het onderzoek wordt uitgevoerd door de Vakgroep Strafrecht en Criminologie van de Rijksuniversiteit Groningen, in opdracht van het WODC.

Doel van de interviews
Het aanstaande interview is onderdeel van de empirische component van het onderzoek; een aantal vragen over de zedenmisdrijven wordt voorgelegd aan een vijftal rechters/raadsheren, een vijftal officieren van justitie/AG's, een vijftal advocaten, en aan enkele andere experts. Het gaat daarbij nadrukkelijk niet om het verkrijgen van representatieve gegevens van de beroepsgroep, maar om het inventariseren van argumenten vóór en tegen wetswijziging. De argumenten die worden gevonden in de theoretische onderzoekscomponent en de argumenten die naar voren komen in de interviews, worden ten slotte samen in kaart gebracht en gewaardeerd.

Beoordelingsfactoren
Zoals gezegd wordt binnen het kader van dit onderzoek gelet op drie bijzondere beoordelingsfactoren: samenhang, vereenvoudiging en normstelling.

> **Samenhang**
> Onder 'samenhang' wordt kort gezegd verstaan: de (zichtbaarheid van de) verhouding tussen bestanddelen onderling en tussen bepalingen onderling. Op dit punt zou een relevant argument voor wetswijziging bijvoorbeeld kunnen zijn dat een bepaalde wijziging meer (zichtbare) samenhang zou brengen tussen de verschillende zedenmisdrijven tegen jeugdigen.
>
> **Vereenvoudiging**
> Onder 'vereenvoudiging' wordt in dit verband verstaan: elke wetswijziging die het detailniveau van een bepaling verlaagt of de werkbaarheid van de betrokken bepaling(en) in titel XIV verbetert. Een relevant argument voor wetswijziging zou in dit kader kunnen zijn dat bepaalde delictsomschrijvingen zouden kunnen worden samengevoegd op

een manier die voor de procespraktijk aanzienlijk makkelijker te hanteren is en die tegelijkertijd geen afbreuk doet aan de beoogde rechtsbescherming.

Normstelling
'Normstelling' is een factor met een ruime inhoud. Hieronder vallen (a) de helderheid en toereikendheid van de strafbaarstelling (is duidelijk wat wel en niet mag? is de reikwijdte van de bepaling goed, te beperkt of te ruim?), (b) de strafbaar gestelde gedraging in relatie tot het strafmaximum (staat de maximumstraf in goede verhouding tot de gedraging?) en het strafmaximum in relatie tot andere strafmaxima in titel XIV (staat de maximumstraf in goede verhouding tot die van andere gedragingen?).

Indeling van Titel XIV en van de interviewvragen
De delictsomschrijvingen in Titel XIV kunnen op verschillende manieren worden ingedeeld. Ten behoeve van het onderzoek en de interviews worden in beginsel de volgende categorieën aangehouden:

A. Seksuele delicten tegen jeugdigen;
B. Seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen;
C. Seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken;
D. Seksuele delicten door middel van dwang;
E. Strafverzwaringsgronden;
F. Overige zedendelicten.

Deze indeling komt in de hieronder opgenomen interviewvragen terug en soms is binnen een categorie nog een nadere ordening toegepast.
Bij dit interview is voorts een vraag toegevoegd die verband houdt met een voorstel uit de rechtspraktijk, om over te gaan tot (her)invoering van het zogenoemde pooierverbod, als zedendelict. Deze vraag is aan het slot als apart onderdeel opgenomen:

G. Pooierverbod.

De structuur van de vragenlijst
Het interview bestaat uit 34 vragen. Elke vraag of vraagcluster wordt eerst van enige context voorzien, meestal door de weergave van de relevante wetteksten en een opsomming van belangrijke delictscomponenten en eventuele bijzonderheden. Laatstgenoemde opsomming is opzettelijk beknopt gehouden. Mocht een opmerking in de opsomming onvoldoende duidelijk zijn, dan kunt u deze negeren of aankaarten tijdens het interview.
Bij elke vraagstelling wordt bij wijze van herinnering melding gemaakt van de drie beoordelingsfactoren ('samenhang, vereenvoudiging en normstelling'). Dit wordt alleen gedaan om u extra handvatten te geven voor de beantwoording, en nadrukkelijk niet om u in uw antwoorden te beperken; u hoeft niet na te gaan of uw antwoord wel voldoende verband houdt met de beoordelingsfactoren.
Na elke vraag of vraagcluster heeft u ruimte om desgewenst aantekeningen te maken ter voorbereiding op het interview.
Ten slotte zij vermeld dat veel vragen hetzelfde patroon volgen ('Kunt u met betrekking tot [deelonderwerp x] knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?). Deze herhaling van structuur vloeit voort uit de omstandigheid dat aan al deze vragen dezelfde hoofdvraag ten grond-

slag ligt, namelijk, kort gezegd, of de respondent aanleiding ziet voor wijzigingen in de zedentitel.

Duur van het interview
Naar verwachting zal het interview ca. 90 minuten in beslag nemen.

Opname en verwerking van de gegevens
Het interview wordt opgenomen met een voicerecorder. De opname is alleen toegankelijk voor de interviewer(s) en een onderzoeksassistent in dienst van de vakgroep. De interviews worden digitaal uitgeschreven en de opname zal daarna worden gewist. Indien individuele uitspraken in het rapport worden opgenomen, zullen deze in de regel niet gekoppeld worden aan de persoon van de geïnterviewde (maar bijvoorbeeld als: 'Rechter A merkt op dat …'). Tekstfragmenten uit uw interview zullen altijd eerst ter goedkeuring aan u worden voorgelegd.

Interviewvragen

Voorvragen:

I. In de inleiding is informatie opgenomen over de opname van het interview en over verwerking van de interviewgegevens.
Gaat u akkoord met de beschreven gang van zaken?

II. **Heeft u nog vragen over bepaalde termen die in de inleiding zijn gebruikt, zoals 'knelpunt', 'verbetering' of 'samenhang'?**

III. **Heeft u nog andere vragen voordat met het interview wordt begonnen?**

A. Seksuele delicten tegen jeugdigen

Context vraag 1

Wettekst(en)

Artikel 240b Sr (kinderpornografie)

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

Kernen / bijzonderheden

- ‘afbeelding van een seksuele gedraging’
- ‘kennelijk’
- ‘is betrokken’ / ‘schijnbaar is betrokken’ (virtuele kinderpornografie)
- ‘in bezit hebben’ / ‘zich de toegang verschaffen’

1. Kunt u met betrekking tot art. 240b Sr (kinderpornografie) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Context vraag 2

Wettekst(en)

Artikel 244 Sr (seksueel binnendringen bij jeugdigen <12 jr.)

Hij die met iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 245 Sr (ontuchtig binnendringen bij jeugdigen 12-16 jr.)

Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 247 Sr (i.c.: ontuchtige handelingen bij jeugdigen jonger dan 16 jr.)

Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

Kernen / bijzonderheden

- ‘seksueel binnendringen’
- ‘ontuchtige handelingen’
- ‘plegen’ / ‘plegen of dulden’
- opzetvereiste in ‘ontuchtige handelingen plegen’ versus geobjectiveerde leeftijd (art. 245 Sr en art. 247 Sr)
- meervoudige samenstellingen in art. 247 Sr als geheel

2. Kunt u met betrekking tot art. 244 (seksueel binnendringen bij jeugdigen <12 jr.), art. 245 (ontuchtig binnendringen bij jeugdigen 12-16 jr.) en art. 247 Sr (i.c.: ontuchtige handelingen bij jeugdigen <16 jr.) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Context vraag 3

Wettekst(en)

Artikel 248a Sr (uitlokken van iemand <18 jr. tot ontucht)

Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248f Sr (bevorderen van ontucht met een derde <18 jr.)[1]

Hij die door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, het plegen van ontucht door een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 250 Sr (koppelarij)

1. Wordt gestraft:

   1°. met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert;

   2°. met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die, buiten de gevallen genoemd onder 1°, het plegen van ontucht door een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert.

2. Indien de schuldige van het plegen van het misdrijf een gewoonte maakt, kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd

1 Art. 248f Sr is op 1 maart 2014 in werking getreden als gevolg van de implementatie van richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie (*Stb.* 2014, 74; dossier 33 580).

Kernen / bijzonderheden

- uitlokkingsmiddelen (art. 248a Sr) en bevorderingsmiddelen (art. 248f Sr)
- relationele/functionele afhankelijkheid (art. 250 Sr)
- wetenschap van of culpa t.a.v. leeftijd
- ‘ontuchtige handelingen plegen of dulden’ (art. 248a Sr) / ‘ontucht plegen’ (art. 248f Sr en art. 250 Sr)
- verhouding tussen art. 247 Sr (‘verleiden tot ontucht met een derde’), art. 248a Sr (uitlokken van ontucht), art. 248f Sr (bevorderen van ontucht met een derde) en art. 250 Sr (koppelarij)

3. Kunt u met betrekking tot art. 248a Sr (uitlokken van iemand <18 jr. tot ontucht), art. 248f Sr (bevorderen van ontucht met een derde <18 jr.) en art. 250 Sr (koppelarij) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Context vraag 4

Wettekst(en)	**Artikel 248b Sr** (jeugdprostitutie) Hij die ontucht pleegt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.
. *Kernen / bijzonderheden*	- ‘ontucht plegen’ - opzet (‘ontucht plegen’) versus geobjectiveerde leeftijd - ‘iemand die zich beschikbaar stelt … tegen betaling’

4. Kunt u met betrekking tot art. 248b Sr (jeugdprostitutie) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Context vraag 5

Wettekst(en)

Artikel 248c Sr (aanwezigheid bij seksshow met iemand <18 jr.)

Hij die opzettelijk aanwezig is bij het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel bij het vertonen van afbeeldingen van dergelijke handelingen in een daarvoor bestemde gelegenheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

.

Kernen / bijzonderheden

- schuldverbanden (enerzijds 'opzettelijk aanwezig zijn bij het plegen van ontuchtige handelingen …' en anderzijds wetenschap van of culpa t.a.v. leeftijd)
- 'plegen van ontuchtige handelingen' door de jeugdige
- afbeeldingen i.z.v. art. 248c Sr versus afbeeldingen i.z.v. art. 240b Sr

5. Kunt u met betrekking tot art. 248c Sr (aanwezigheid bij seksshow met iemand <18 jr.) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Context vraag 6

Wettekst(en)	**Artikel 248d Sr**	(jeugdige <16 jr. ertoe bewegen getuige te zijn van seks)
	Hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, met ontuchtig oogmerk ertoe beweegt getuige te zijn van seksuele handelingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.	

.

Kernen / bijzonderheden

- schuldverbanden ('ontuchtig oogmerk' en wetenschap van of culpa t.a.v. leeftijd)
- 'ertoe bewegen'
- 'seksuele handelingen'

6. Kunt u met betrekking tot art. 248d Sr (jeugdige <16 jr. getuige laten zijn van seks) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Context van vraag 7

Wettekst(en)	**Artikel 248e Sr** (*grooming*) Hij die door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, een ontmoeting voorstelt met het oogmerk ontuchtige handelingen met die persoon te plegen of een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij die persoon is betrokken, te vervaardigen wordt, indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.
. *Kernen / bijzonderheden*	- oogmerk plegen ontuchtige handelingen / vervaardigen afbeeldingen - wetenschap van of culpa t.a.v. leeftijd - ‘enige handeling ondernemen …’

7. Kunt u met betrekking tot art. 248e Sr (*grooming*) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Context vraag 8

Wettekst(en)

Artikel 249 Sr (i.c. ontucht met een minderjarige met misbruik van gezag)

1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
   1°. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;
   2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;
   3°. degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.

.

Kernen / bijzonderheden

- ‘ontucht plegen’
- omschrijving van de kwaliteit van de minderjarige (kind, stiefkind etc.)
- geen ‘seksueel binnendringen’-pendant;
- meervoudige samenstellingen in art. 249 Sr als geheel
- verhouding tot andere leeftijdsgebonden zedendelicten

8. Kunt u met betrekking tot art. 249 Sr (i.c. ontucht met een minderjarige met misbruik van gezag) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Context vraag 9

Wettekst(en)

Artikel 240a Sr (vertonen van schadelijke afbeeldingen aan jeugdige <16 jr)

Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft hij die een afbeelding, een voorwerp of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar, verstrekt, aanbiedt of vertoont aan een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar.

Kernen / bijzonderheden

- *art. 240a Sr is hier gerangschikt als seksueel delict, omdat het in de praktijk doorgaans gaat om pornografische afbeeldingen (art. 240a Sr kan vanzelfsprekend ook een niet-seksueel delict betreffen, bijvoorbeeld in geval van het verstrekken etc. van schadelijke gewelddadige afbeeldingen)*
- ‘vertoning’
- ‘schadelijk te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar’

9. Kunt u met betrekking tot art. 240a Sr (vertonen van schadelijke afbeeldingen aan jeugdige <16 jr.) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Slotvragen onderdeel A: Seksuele delicten tegen jeugdigen

10. Bestaan in uw ogen argumenten om de strafrechtelijke bescherming van de seksuele integriteit van jeugdigen in te perken of uit te breiden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

11. Is er nog iets wat u in het kader van de seksuele delicten tegen jeugdigen naar voren wilt brengen in verband met samenhang?

12. Is er nog iets anders wat u in dit kader naar voren wilt brengen?

B. Seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen

Context vraag 13

Wettekst(en)

Artikel 243 Sr (seksueel binnendringen bij onmachtige)

Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 247 Sr (i.c. ontuchtige handelingen plegen met onmachtige)

<u>Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden</u> of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt <u>ontuchtige handelingen pleegt</u> of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, <u>wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.</u>

Kernen / bijzonderheden

- ‘staat van bewusteloosheid’ / ‘staat van verminderd bewustzijn’
- ‘staat van lichamelijke onmacht’
- ‘aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijden dat men niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden’
- ‘ontuchtige handelingen’
- ‘plegen’
- meervoudige samenstellingen in art. 247 Sr als geheel

13. Kunt u met betrekking tot art. 243 Sr (seksueel binnendringen bij onmachtige) en art. 247 Sr (i.c. ontuchtige handelingen plegen met onmachtige) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Slotvragen onderdeel B: Seksuele delicten tegen lichamelijk of geestelijk onmachtigen

14. Bestaan in uw ogen argumenten om de strafrechtelijke bescherming van lichamelijk of geestelijk onmachtigen in te perken of uit te breiden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

15. Is er nog iets wat u in het kader van de seksuele delicten tegen lichamelijk en geestelijk onmachtigen naar voren wilt brengen in verband met samenhang?

16. Is er nog iets anders wat u in dit kader naar voren wilt brengen?

C. Seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken

Context vraag 17

Wettekst(en)

Artikel 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag)

1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
1°. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;
2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;
3°. degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.

Kernen / bijzonderheden

- omschrijving van de daderkwaliteit (‘ambtenaar’, ‘bestuurder’ etc.)
- omschrijving van de functionele relatie (‘aan gezag onderworpen’, ‘aan waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen’ etc.)
- ‘ontucht plegen’
- geen ‘seksueel binnendringen’-pendant;
- meervoudige samenstellingen in art. 249 Sr als geheel

17. Kunt u met betrekking tot art. 249 Sr (ontucht met misbruik van gezag) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Slotvragen onderdeel C: Seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken

18. Bestaan in uw ogen argumenten om de strafrechtelijke bescherming van functioneel afhankelijken in te perken of uit te breiden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

19. Is er nog iets wat u in het kader van de seksuele delicten tegen functioneel afhankelijken naar voren wilt brengen in verband met samenhang?

20. Is er nog iets anders wat u in dit kader naar voren wilt brengen?

D. Seksuele delicten door middel van dwang

Context vraag 21

Wettekst(en)

Artikel 242 Sr (verkrachting)

Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 246 Sr (aanranding)

Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Kernen / bijzonderheden

- dwangmiddelen (‘geweld’, ‘andere feitelijkheid’ etc.)
- ‘dwingen’
- ‘seksueel binnendringen’ / ‘ondergaan’ (art. 242 Sr)
- ‘ontuchtige handelingen’ / ‘plegen’ of ‘dulden’ (art. 246 Sr)

21. Kunt u met betrekking tot art. 242 Sr (verkrachting) en art. 246 Sr (aanranding) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Slotvragen onderdeel D: Seksuele delicten door middel van dwang

22. Bestaan in uw ogen argumenten om de strafrechtelijke bescherming die door art. 242 Sr en art. 246 Sr wordt geboden, in te perken of uit te breiden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

23. Is er nog iets wat u in het kader van art. 242 Sr en art. 246 Sr naar voren wilt brengen in verband met samenhang?

24. Is er nog iets anders wat u in dit kader naar voren wilt brengen?

E. Strafverzwaringsgronden

Context vraag 25

Wettekst(en)

Artikel 248 Sr (strafverzwaringsgronden)

1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.
3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
7. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te

duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

8. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd

Kernen / bijzonderheden

- *leden 3, 4, 5 en 6 zijn op 1 maart 2014 in werking getreden (onder vernummering van de oude leden 3 en 4 tot de leden 7 en 8) als gevolg van implementatie van de richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie (Stb. 2014, 74; dossier 33 580)*
- verhouding tussen de combinaties van art. 248 lid 2 Sr en de daarin genoemde delicten enerzijds en art. 249 lid 1 Sr anderzijds
- ‘kwetsbare positie’ (art. 248 lid 3 en 4 Sr)
- verhouding tussen ‘kwetsbare positie’ in de zin van art. 248 lid 3 en 4 Sr enerzijds en andere delicten waarin sprake is van (misbruik van) een kwetsbare positie anderzijds
- verhouding tussen art. 248 lid 5 en lid 6 Sr enerzijds en de daarin genoemde delicten waarbij geweld reeds onderdeel is van het strafbare feit anderzijds
- voornoemde verhoudingen in relatie tot (de strafverhoging op basis van) mogelijke meerdaadse samenloop

25. Kunt u met betrekking tot art. 248 Sr (strafverzwaringsgronden) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Slotvragen onderdeel E: Strafverzwaringsgronden

26. Bestaan in uw ogen argumenten om de reikwijdte van art. 248 Sr in te perken of uit te breiden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

27. Is er nog iets wat u in het kader van de strafverzwaringsgronden naar voren wilt brengen in verband met samenhang?

28. Is er nog iets anders wat u in dit kader naar voren wilt brengen?

F. Overige zedendelicten

Context vraag 29

Wettekst(en)

Artikel 239 Sr (schennis van de eerbaarheid)

Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:

1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;

2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar;

3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is.

Artikel 240 Sr (pornografie)

Met gevangenisstraf van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat een afbeelding of voorwerp aanstotelijk voor de eerbaarheid is en die afbeelding of dat voorwerp:

1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd, openlijk tentoonstelt of aanbiedt;

2°. aan iemand, anders dan op diens verzoek, toezendt.

Artikel 252 Sr (toedienen van bedwelmende drank)

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste negen maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft:

   1°. hij die aan iemand die in kennelijke staat van dronkenschap verkeert, bedwelmende drank verkoopt of toedient;

   2°. hij die een kind beneden de leeftijd van zestien jaren dronken maakt;

   3°. hij die iemand door geweld of bedreiging met geweld dwingt tot het gebruik van bedwelmende drank.
2. Indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
3. Indien het feit de dood ten gevolge heeft, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.

4. Indien de schuldige het misdrijf in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

Artikel 253 Sr (kind afstaan voor bedelarij of gevaarlijke verrichtingen)

Hij die een onder zijn wettig gezag staand kind beneden de leeftijd van twaalf jaren aan een ander afstaat of overlaat, wetende dat het tot of bij het uitoefenen van bedelarij, van gevaarlijke kunstverrichtingen of van gevaarlijke of de gezondheid ondermijnende arbeid zal worden gebruikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie

Artikel 254 Sr (bestialiteit)

Hij die ontuchtige handelingen pleegt met een dier wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 254a Sr (bestialiteitspornografie)

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding – of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding – van een ontuchtige handeling, waarbij een mens en een dier zijn betrokken of schijnbaar zijn betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in bezit heeft.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

29. Kunt u met betrekking tot art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid), art. 240 Sr (pornografie), art. 252 Sr (toedienen van bedwelmende drank), art. 253 Sr (kinderen afstaan voor bedelarij of gevaarlijke verrichtingen), art. 254 Sr (bestialiteit) en art. 254a Sr (bestialiteitspornografie) knelpunten noemen die door wetswijziging verbeterd zouden kunnen worden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

Slotvragen onderdeel F: Overige zedendelicten

30. Bestaan in uw ogen argumenten om de reikwijdte van de onderhavige zedendelicten in te perken of uit te breiden?

- samenhang / vereenvoudiging / normstelling

31. Is er nog iets wat u in het kader van de overige zedendelicten naar voren wilt brengen in verband met samenhang?

32. Is er nog iets anders wat u in dit kader naar voren wilt brengen?

G. Pooierverbod

Context vraag 33

Geschiedenis pooierverbod

In 1911 werd art. 432 aanhef en onder 3° Sr ingevoerd, het zogenoemde souteneurs- of pooierverbod:

> ‘Hij die als souteneur uit de ontucht van eene vrouw voordeel trekt (...)’.

Bij de opheffing van het bordeelverbod in 2000 werd ook het pooierverbod in art. 432 Sr opgeheven. Niettemin werden op datzelfde moment, in de voorloper van art. 273f Sr Sr, gedragingen strafbaar gesteld die verband hielden met gedragingen die werden geraakt door het oude pooierverbod. Thans gaat het om art. 273f lid 1 onder 6° en 9° Sr:

> ‘(...)
> 6°. degene die opzettelijk voordeel trekt uit de uitbuiting van een ander;
> (...)
> 9°. degene die een ander met een van de onder 1° genoemde middelen[2] dwingt dan wel beweegt hem te bevoordelen uit de opbrengst van diens seksuele handelingen met of voor een derde (...).
> (...)’

Herinvoering pooierverbod?

Volgens het huidige kabinet kunnen pooiers met het huidige wettelijke instrumentarium (art. 273f Sr) goed worden aangepakt.[3] Er gaan evenwel stemmen op om opnieuw een specifiek pooierverbod in te voeren, vanwege de bewijsproblemen die zich in de praktijk zouden voordoen met betrekking tot art. 273f Sr. Het verbod zou zich kunnen richten op eenieder die zonder ontheffing of rechtvaardigingsgrond interfereert met de werkzaamheden van de prostituee. Gedragingen als bewaken en geld bewaren zouden dan in beginsel strafbaar zijn. De genoemde uitzonderingen zouden betrekking hebben op (bijvoorbeeld) de bordeelhouder en geregistreerde hulpverleners.[4]

---

2 Art. 273f lid 1 onder 1° Sr luidt: (...) degene die een ander door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, door afpersing, fraude, misleiding dan wel door misbruik van uit feitelijke omstandigheden voortvloeiend overwicht, door misbruik van een kwetsbare positie of door het geven of ontvangen van betalingen of voordelen om de instemming van een persoon te verkrijgen die zeggenschap over die ander heeft, werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt, met inbegrip van de wisseling of overdracht van de controle over die ander, met het oogmerk van uitbuiting van die ander of de verwijdering van diens organen (...)’.

3 *Handelingen II* 2013/14, 6.

4 Vgl. het pleidooi van raadsheer mr. Peter Lemaire tijdens het in 2013 gehouden symposium ‘Een andere kijk op prostitutie’: <www.christenunie.nl/nl/anderekijkopprostitutie> (laatst geraadpleegd: april 2014).

33. Bestaan in uw ogen argumenten om een specifiek pooierverbod in enigerlei vorm opnieuw in te voeren?

Slotvraag

34. Is er iets wat niet aan de orde is gekomen, maar wat u nog wel wilt opmerken?

[Einde interviewvragen]

Bijlage 3

Wetgevingsnotitie van het openbaar ministerie

Openbaar Ministerie

College van Procureurs-Generaal

Voorzitter

Postbus 20305 2500 EH Den Haag

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
Telefoon +31 (0)70 339 96 00
telefax +31 (0)70 339 98 51

Faculteit der Rechtsgeleerdheid, RUG
Vakgroep Strafrecht & Criminologie
Mr. dr. K. Lindenberg
Postbus 716
9700 AS GRONINGEN

Onderdeel	Wetenschappelijk Bureau Openbaar Ministerie
Contactpersoon	
Doorkiesnummer(s)	
E-mail	
Datum	
Ons kenmerk	
Uw kenmerk	
Onderwerp	Onderzoek consistentie WSr Titel XIV misdrijven tegen de zeden

Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden. Wilt u slechts één zaak in uw brief behandelen

Geachte heer Lindenberg,

Het College van procureurs-generaal heeft kennis genomen van het feit dat de Rijksuniversiteit Groningen, in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, onder uw leiding een onderzoek uitvoert naar de interne consistentie van Titel XIV 'misdrijven tegen de zeden' van het Wetboek van Strafrecht. Hierbij wordt onderzocht wat er in de literatuur, parlementaire stukken, rechtspraak en rechtspraktijk wordt aangegeven over een algemene herziening van Titel XIV. De bedoeling is om een wetenschappelijke onderbouwing te geven voor het al dan niet herzien van Titel XIV van het Wetboek van Strafrecht.

Een aantal zedenofficieren van justitie, mr. E.H. Kwakman, mr. M.J.C. Spoormaker, en mr. S.S. Hensels-Van Straaten, hebben een notitie opgesteld waarin een overzicht is gemaakt van de zedenparagraaf en de knelpunten zoals die in de praktijk worden ervaren. Per artikel worden suggesties gedaan voor verbetering. Graag bied ik u deze notitie aan, zodat u deze kunt betrekken bij uw onderzoek. Voel u vrij om naar deze notitie te verwijzen en zo nodig te citeren.

Hoogachtend,
Het College van procureurs-generaal

H.J. Bolhaar

26 juni 2014

Notitie Titel XIV, misdrijven tegen de zeden

Voorstellen voor verbetering van de zedenparagraaf in het Wetboek van Strafrecht

mr E.H.G.Kwakman
mr S.S. Hensels-Van Straaten
mr M.J.C. Spoormaker

Inleiding

De titel 'Misdrijven tegen de zeden' in het Wetboek van Strafrecht, is de afgelopen jaren een aantal keren aangepast op onderdelen. Hierdoor is een aantal wat vreemde constructies ontstaan binnen de titel zelf. Daarnaast blijkt in de praktijk, dat het OM niet altijd helemaal uit de voeten kan met de (on)mogelijkheden die het gevolg zijn van wat op welke wijze en met welk strafmaximum strafbaar is gesteld. Deze notitie is een overzicht van deze punten.

Vooropgesteld wordt de opmerking dat aanhouding buiten heterdaad gezien, artikel 54 lid 1 van het Wetboek van Strafvordering, alleen mogelijk is voor gevallen waarin voorlopige hechtenis is toegelaten. Daarnaast is ook de toepassing van veel bijzondere opsporingsmiddelen beperkt tot feiten waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan.

Onderdeel a van het eerste lid van artikel 67 van het Wetboek van Strafvordering maakt voorlopige hechtenis mogelijk voor die zaken waar een strafmaximum van 4 jaar of meer op is gesteld. Daarnaast worden in de onderdelen b en c een aantal strafbare feiten met name genoemd. Voor wat betreft zedenfeiten gaat het om

- 248d – minderjarige onder de 16 ertoe bewegen getuige te zijn van seksuele handelingen
- 248e – "grooming", oftewel het middels een geautomatiseerd werk afspraken maken met minderjarige onder de 16 met als doel ontuchtige handelingen plegen dan wel kinderporno maken, waarbij ook handelingen moeten zijn verricht om die ontmoeting te verwezenlijken
- 254a – bezit, vervaardigen etc. van dierenporno

Als een zaak geen strafmaximum heeft van 4 jaar of meer, en niet één van de speciaal genoemde feiten betreft, kan aanhouding alleen maar als de verdachte op heterdaad betrapt wordt. Als daarvan geen sprake is, kan een verdachte alleen maar gehoord worden als hij daaraan zijn vrijwillige medewerking verleent.

239 Sr Schennis

Schennis kent als strafmaximum een straf van ten hoogste drie maanden. Het is niet genoemd in artikel 67 lid 1 Wetboek van Strafvordering. Dat betekent dat schennisplegers niet buiten heterdaad kunnen worden aangehouden. Ook niet in die gevallen waarin er sprake is van maatschappelijke onrust.

Alleen die schennisplegers die ten overstaan van minderjarigen onder de 16 schennis plegen, kunnen buiten heterdaad worden aangehouden. Dat geldt echter alleen in gevallen waarbij er sprake is van "seksuele handelingen",

zoals masturberen. Dan kan namelijk overtreding van artikel 248d van het Wetboek van Strafrecht worden vastgesteld. Het enkele tonen van een geslachtsdeel, valt niet als 248d te kwalificeren.

In de praktijk betekent dit dat als een persoon met regelmaat bij een speeltuin in de bosjes staat met ontbloot onderlijf, deze persoon alleen maar op heterdaad kan worden aangehouden. Ook mannen die met regelmaat bijvoorbeeld 's nachts langs een bepaalde fietsroute staan waar veel uitgaande dames langskomen, kunnen niet anders dan op heterdaad worden aangehouden. Als je in dat geval weet wie het is, maar er is geen heterdaadsituatie en iemand weigert om op uitnodiging naar het politiebureau te komen, dan sta je als politie en OM machteloos.

Dat er geen voorlopige hechtenis mogelijk is, heeft ook consequenties voor andere opsporingsmiddelen. Zo zijn veel bijzondere opsporingsbevoegdheden gekoppeld aan de feiten uit artikel 67 Wetboek van Strafvordering. Te denken valt aan het opvragen van telecomgegevens, opvragen van camerabeelden bij derden etc.

Daarnaast betekent het feit dat er geen voorlopige hechtenis mogelijk is, dat een verdachte van wie de identiteit vaststaat altijd binnen 6 uren na aanhouding, zal moeten worden heengezonden. Er is geen mogelijkheid tot langer vasthouden en ook daarmee niet tot het opleggen van bijzondere voorwaarden in het kader van een schorsing van de voorlopige hechtenis.

Wel bestaat op grond van artikel 509hh Wetboek van Strafvordering de mogelijkheid tot het opleggen van een gedragsaanwijzing inhoudende:

- een gebiedsverbod
- een contactverbod
- een meldingsplicht (aangewezen als verdachte op een specifiek moment van een bepaalde plaats weerhouden dient te worden)
- een begeleidingsplicht (de verdachte wordt bevolen zich te doen begeleiden bij hulpverlening die van invloed kan zijn op het plegen van strafbare feiten. Bij vroeghulp reclassering vragen deze mogelijkheid mee te nemen in het advies)

Dit kan in gevallen waarbij er sprake is van:

- ernstige openbare ordeverstoring, mét vrees voor herhaling
- of vrees voor ernstig belastend gedrag jegens personen,
- of vrees voor gedrag dat herhaald gevaar voor goederen oplevert;

Overtreding van de gedragsaanwijzing, levert schending op van artikel 184a Wetboek van Strafrecht. Dat is wel een feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten; het feit staat speciaal genoemd in onderdeel b van het eerste lid van artikel 67 Wetboek van Strafvordering.

Complicerend is echter, dat voor het opleggen van een gedragsaanwijzing ex artikel 509hh, ernstige bezwaren nodig zijn. In gevallen waarin er wel een

verdenking is, maar – bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van een verklaring van de verdachte die niet kan worden aangehouden – geen ernstige bezwaren, is toepassing van artikel 509hh Sv niet mogelijk.

Voorstel: maak van artikel 239 Sr een VH-feit

Strafbaarstelling oneerbare voorstellen, al dan niet ter zake van kinderen

Het komt in de praktijk veelvuldig voor dat mensen andere mensen ongewenste oneerbare voorstellen doen: "Zullen we samen lekker neuken, toe nou?" of "Mag ik je borsten zien?" of "Mag ik je piemel aanraken?" of "Wil je me aftrekken?" Dergelijke uitspraken en voorstellen worden gedaan tegenover volwassenen, maar in een groter deel van de gevallen tegenover minderjarigen, tijdens mail- of chatgesprekken via internet.

Het kan zeer van de context van het geval afhangen of deze opmerkingen als voldoende zorgelijk kunnen worden aangemerkt, om ze strafbaar te willen stellen. Maar feit is dat de opmerkingen zonder meer niet als strafbaar zijn aan te merken. Ze vallen niet onder schennis, en niet onder belediging.

Er zijn gevallen waarin mannen in speeltuinen dit soort opmerkingen aan kinderen toevoegen. In sommige gevallen kán zo'n opmerking als poging 247 Sr worden aangemerkt. In een tenlastelegging moet dan de constructie worden gekozen dat het enkel afhangt van het niet-handelen van het kind, dat het niet daadwerkelijk gekomen is tot ontuchtige handelingen. Maar soms is dat wel een erg grote oprekking van het pogingsbegrip. Waar de opmerking geplaatst wordt via het internet, is deze oplossing moeilijker denkbaar.

Ook ten opzichte van volwassenen kunnen er situaties zijn waarin het wenselijk zou kunnen worden geacht dat opmerkingen als deze strafbaar zijn. Wat te denken van een man die op de openbare weg in de nacht aan willekeurige voorbij fietsende vrouwen dit soort termen toevoegt?

Voorstel: overweeg om – al dan niet alleen ter zake van minderjarigen – het ongewenst toevoegen van oneerbare voorstellen strafbaar te stellen. Deze strafbaarstelling ten opzichte van kinderen via een geautomatiseerd werk of communicatiedienst kan ook worden opgenomen in het artikel voorgesteld onder paragraaf "groomingshandelingen en sekschats (248e en 248a Sr)".

243 Sr en 247 Sr ter zake van beperkte geestvermogens

Bij dit artikel hebben wij geen wijzigingsvoorstel. Wel een opmerking waar het gaat om de beperktheid van de bescherming die dit artikel in de praktijk

biedt, althans voor zover het ziet op degenen die ten gevolge van gebrekkige ontwikkeling of een ziekelijke stoornis van de geestvermogens niet of onvolkomen hun wil kunnen bepalen, kenbaar maken of weerstand kunnen bieden.

Technisch gezien moet bij dit artikel in die gevallen een aantal dingen bewezen kunnen worden:

j) dat degene bij wie seksueel binnengedrongen is een ziekelijke stoornis van de geestvermogens heeft of een gebrekkige ontwikkeling
k) dat die stoornis of die gebrekkige ontwikkeling het gevolg heeft dat deze persoon (causaal verband moet dus bewezen worden):
    - niet of onvolkomen zijn wil kan bepalen ten aanzien van het ondergaan van seksuele handelingen/seksueel binnendringen, of
    - niet of onvolkomen zijn wil kenbaar te maken rondom die seksuele handelingen/seksueel binnendringen, of
    - niet of onvolkomen weerstand kan bieden aan die seksuele handelingen/seksueel binnendringen
l) dat degene die de seksuele handelingen/het seksueel binnendringen pleegt, wetenschap heeft ten aanzien van die toestand.

Het bewijs rondom deze punten is in veel gevallen lastig te verkrijgen. Zo moet voor een echt goede inschatting van de toestand van de geestvermogens van degene wie het is overkomen, soms uitgebreid – en vaak belastend – psychisch onderzoek worden verricht. De te bewijzen omstandigheden kunnen namelijk in veel gevallen niet zonder meer worden afgeleid uit reeds over een persoon beschikbare rapportage van de hulpverlening, omdat er vaak niet specifiek op deze punten wordt ingegaan. In sommige gevallen biedt het horen van betrokken hulpverleners soelaas, maar ook dat in lang niet alle gevallen. Deze hulpverleners moeten namelijk specifiek deskundig zijn op de punten die bewezen moeten worden. Zijn ze dat niet, dan is voor de rechtbank op basis van hun verklaring niet zonder meer vast te stellen of de te bewijzen toestand zich voordoet.

De wetsgeschiedenis rondom deze twee bepalingen laat zien dat de wetgever enerzijds hen die bescherming behoeven wil beschermen en anderzijds niet wil veroorzaken dat elke seks met iemand met beperkte geestvermogens per definitie strafbaar is. De wijze waarin dat beoogde evenwicht in de wet is gekomen, maakt dat er nauwelijks bewijsbare zaken zijn in gevallen met beperkte geestvermogens.

Daarnaast speelt in het overgrote deel van de gevallen waar aangifte gedaan wordt van artikel 243 Sr ter zake van iemand met beperkte geestvermogens, dat de verdachte eveneens iemand is bij wie deze beperkte geestvermogens aan de orde zijn. Niet zelden zijn beide betrokken personen technisch-juridisch gezien daarmee verdachte. Het is dan maar net de vraag ter zake van welke persoon aangifte gedaan wordt en welke persoon door bijvoorbeeld de

instelling die aangifte doet, als verdachte wordt gezien. Of vervolging in die gevallen opportuun is, is maar de vraag. Het is op basis van de huidige wetgeving aan het Openbaar Ministerie overgelaten om hierover een beoordeling te maken. Net als over vervolging van verdachten die seksuele handelingen plegen met mensen met beperkte geestvermogens, die aan alle strafbaar gestelde criteria voldoen, maar die wel ingestemd hebben met het hebben van de seks.

Ten slotte is relevant dat de effecten van vervolging van een verdachte die ook beperkte geestvermogens kent – zij het in sommige gevallen bijvoorbeeld minder vergaand dan het slachtoffer – veelal zeer gering zijn. Rond de meeste van deze verdachten blijkt na onderzoek van de psyche en rapportage van de reclassering dat zij gebaat zijn bij juiste hulpverlening. Een conclusie die ook getrokken had kunnen worden zonder de inzet van het strafrecht.

Zie voor een veel uitgebreidere en gedetailleerde uiteenzetting over de problematiek rondom deze artikelen het artikel van M.M.M. Kooij, "Bewijstechnische hobbels in zedenwetgeving, artikelen 243 en 247 Sr onder de loep", DD 2012, 72.

242/244 Sr – 246/247 Sr – 248f Sr: jongens versus meisjes

Als een vader zijn dochter dwingt tot het hebben van seks met hem, is de maximumstraf 16 jaar (12 jaar + een derde gezien artikel 248 lid 2). Als een moeder haar zoon dwingt tot het hebben van seks het haar, is de maximumstraf 10,6 jaar (8 jaar + een derde gezien artikel 248 lid 2). Het verschil is te verklaren uit het feit dat bij de dochter wordt binnengedrongen, terwijl de zoon wordt gedwongen binnen te dringen. Is het werkelijk minder ernstig als je gedwongen wordt tegen je zin bij een vrouw – je moeder – binnen te dringen? Dit is overigens geen verzonnen voorbeeld.

Het zou kunnen dat de wetgever met de woorden "dwingen te ondergaan dat wordt binnengedrongen in het lichaam" in het midden heeft willen laten om wiens lichaam het gaat, waarbij de mogelijkheid bestaat dat ook nu al strafbaar is iemand te dwingen binnen te dringen in het lichaam van een ander. De tekst laat echter ruimte voor verschil van inzicht op dit punt.

<u>Voorstel</u>: pas 242 in die zin aan dat ook het iemand dwingen tot seksueel binnendringen van de verdachte of een derde er onder valt.

246 Sr Heimelijk filmen niet strafbaar

Door de Hoge Raad is inmiddels vastgesteld dat het heimelijk filmen van naakte mensen, meerderjarigen en minderjarigen, geen aanranding oplevert in de zin van artikel 246 Sr. Het heimelijk filmen is daarmee alleen strafbaar als het

overtreding van artikel 139f Sr oplevert. Dat artikel stelt strafbaar het filmen met een verborgen camera in een woning of op een andere plaats die niet voor het publiek toegankelijk is. Het lijkt er op dat op grond van artikel 441b Sr het filmen in bijvoorbeeld een kleedhokje dat op het strand staat (en daarmee voor iedereen toegankelijk is), of het filmen van zich omkledende studentes in een openbare kleedruimte van een universitair sportcomplex, strafbaar is gesteld.

Ten gevolge van de jurisprudentie er geen manier meer om op iemands strafblad te zien dat deze middels een verborgen camera heeft gefilmd, op een wijze die seksueel getint is. De problematiek die samenhangt met het filmen van naakte mensen die zich daarvan niet bewust zijn, is een heel andere dan die van mensen die om andere redenen in het geheim filmen. De personen die vanuit seksuele motieven heimelijke filmopnames maken, verwerken deze beelden niet zelden tot nieuwe (pornografische) afbeeldingen, die via internet verspreid worden, met name in de gevallen waarin minderjarigen gefilmd worden. Bij het filmen worden niet alleen camera's heimelijk in ruimtes (badkamers, kleedkamers, toiletten, kinderkamers) verstopt, maar bedient men zich bijv. ook van camera's in speciaal geprepareerde tassen.

Het is de vraag of niet op het strafblad zichtbaar zou moeten zijn dat deze problematiek heeft gespeeld, dit in verband met bijvoorbeeld het verstrekken van verklaringen omtrent het gedrag.

De rechtspraak heeft ondertussen een tijdelijke "oplossing" gevonden voor de gevallen waarin vanuit seksuele intenties minderjarigen gefilmd zijn: ondanks het feit dat op de gemaakte beelden, waarin veelvuldig wordt ingezoomd op (al dan niet bedekte) geslachtsdelen van de minderjarigen, geen seksuele gedragingen zoals vereist in artikel 240b Sr zichtbaar zijn, oordelen vele rechters dat niettemin sprake is van kinderpornografische beelden, met verwijzing naar HR 7 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6446, NJ 2011/81 en de "wijze van totstandkoming" die de beelden een "onmiskenbaar seksuele strekking" geven. Een dergelijke constructie is ten opzichte van volwassenen echter binnen de huidige wetgeving niet mogelijk.

<u>Voorstel</u>: maak een artikel dat het filmen met seksuele connotatie strafbaar stelt en neem dat op in de zedentitel.

247 Sr tekstueel en in relatie tot 248a Sr

Als het gaat om ontuchtige handelingen met of door kinderen onder de 16, niet zijnde seksueel binnendringen, is artikel 247 van toepassing. Dit artikel stelt tekstueel twee vormen van ontucht strafbaar:

- het plegen door de verdachte van ontuchtige handelingen met het kind

- het verleiden door de verdachte van de minderjarige tot het plegen van ontuchtige handelingen met een derde

Strikt genomen wordt niet strafbaar gesteld het verleiden / aanzetten / bewegen van de minderjarige om handelingen te plegen met de verdachte. In de praktijk wordt dit veelal ondervangen door ten laste te leggen dat de verdachte ontuchtige handelingen pleegt, bestaande uit het *zich laten* aftrekken, het *zich laten* zoenen etc. Door in de tenlastelegging de lijdende vorm te kiezen, kan dan toch 247 Sr worden bewezenverklaard. Er geldt dan een strafmaximum van 6 jaar.

Dit levert wel een bijzondere verhouding op met artikel 248a Sr. Daar is namelijk wel met zoveel worden strafbaar gesteld het "bewegen tot dulden" van ontuchtige handelingen die gepleegd zijn door de verdachte ten opzichte van de minderjarige. Artikel 248a Sr kent in die zin de lijdende vorm al in de tekst van de wet. Echter, als er gekozen wordt tenlastelegging van artikel 248a Sr in plaats van artikel 247 Sr in een lijdende vorm, dan is er een strafmaximum van 4 jaar in plaats van 6. Een verschil dat lastig te verklaren is.

Een verschil tussen artikel 248a Sr en 247 Sr is dat 248a een uitwerking kent van de wijze waarop de minderjarige moet zijn aangezet/verleid/bewogen tot dat dulden van die ontuchtige handelingen. Het gaat daarbij om het aanzetten/verleiden/bewegen door giften of beloften van geld of goed, door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding. Maar het is lastig voor te stellen dat de wetgever echt heeft beoogd juist een lager strafmaximum te bewerkstelligen voor aanzetten/verleiden/bewegen op deze specifiek genoemde wijze.

In de jurisprudentie worden de zedenartikelen ook niet op deze manier als onderlinge specialis gezien. Het staat het OM dus vrij om in gelijke gevallen te kiezen voor een – in de lijdende vorm tenlastegelegde – overtreding van artikel 247 Sr of een overtreding van 248a Sr, in vergelijkbare gevallen. Zo is bijvoorbeeld een redelijk leeftijdsverschil tussen verdachte en de minderjarige voldoende om aan te nemen dat er sprake is van een "uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht".

Een wel relevant verschil tussen 247 en 248a Sr is het feit dat onder 247 Sr niet te schuiven is het aanzetten/bewegen/verleiden door de verdachte tot het plegen van ontuchtige handelingen door de minderjarige met zichzelf. Dit komt veelvuldig voor, met name via internet. Verdachten bewegen minderjarigen tot het plegen van ontuchtige handelingen met zichzelf door in gesprekken druk uit te oefenen of zelf soms te dreigen met het bekend maken van eerder gemaakte seksueel getinte foto's. Niet zelden moeten de minderjarigen hierbij gebruik maken van voorwerpen of zelf soms van dieren. De minderjarigen moeten dit soms doen en erover chatten, vaker is het de bedoeling dat zij deze handelingen met zichzelf verrichten ten overstaan van een webcam,

waardoor verdachte dan vervolgens kan kijken wat ze doen. Als deze beelden opgenomen en bewaard worden, is er sprake van vervaardigen van kinderporno ex artikel 240b Sr. Maar als dat niet het geval is, dan is er enkel sprake van overtreding van artikel 248a Sr. Het strafmaximum in deze gevallen is dan 4 jaar, terwijl de handelingen waar het over gaat in veel gevallen veel verdergaand zijn dan handelingen waar op grond van artikel 247 Sr het strafmaximum van 6 jaar geldt. Daarnaast is het feit dat de minderjarige een eigen rol heeft in het uitvoeren van de handelingen vaak extra belastend voor die minderjarige: "Wilde ik niet gewoon zelf?".

Het strafmaximum van 4 jaar in dit soort gevallen, maakt dat als er alleen sprake is van het doen plegen van ontuchtige handelingen door een minderjarige bij zichzelf, de gronden voor voorlopige hechtenis niet aanwezig zijn. Er is zelfs bij risico op recidive namelijk geen risico op recidive van een 6-jrs feit. Een verdachte kan dan pas in detentie worden genomen ná veroordeling. Meestal plegen verdachten van 248a Sr ook andere feiten uit de zedentitel en kan daarmee voorlopige hechtenis indien nodig toch worden ingezet. Maar strikt genomen is het niet geregeld.

Een "meerwaarde" die artikel 248a Sr biedt ten opzichte van artikel 247 Sr, is dat in artikel 248a Sr wel strafbaar gesteld is het verleiden van minderjarigen van 16 en 17 jaar oud, waar artikel 247 Sr alleen ziet op minderjarigen onder de 16. Het is de vraag of de wetgever hierbij bewust ervoor heeft gekozen om ten aanzien van de 16- en 17-jarigen alleen verleiding op de in het artikel genoemde wijze strafbaar te stellen, dus door middel van beloften van geld, goed, door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding. En de vraag is of de wetgever bewust een lager strafmaximum gekozen heeft ook ten aanzien van deze leeftijdsgroep die dus buiten 247 Sr valt. Voor de zestienminners kan in de specifiek in 248a Sr genoemde situaties zoals hiervoor betoogd, worden gekozen voor 247 Sr, hetgeen automatisch een hoger strafmaximum tot gevolg heeft.

<u>Voorstel:</u> Wijzig de tekst van 247 Sr op een zodanige wijze dat zonder twijfel strafbaar is het doen plegen van ontuchtige handelingen met de verdachte zelf. Bekijk de samenhang van 248a Sr en 247 nader, pas de teksten op elkaar aan en maak duidelijk waarvoor nu precies wel en niet het strafmaximum van 6 jaar geldt. Trek het strafmaximum voor het doen verrichten van seksuele handelingen door een minderjarige bij zichzelf, op naar 6 jaar, zodat bij recidiverisico voorlopige hechtenis voor dit feit mogelijk wordt.

Strafverzwarende gronden uit artikel 248 Sr ten opzichte de rest van de zedentitel

Het aangepaste artikel 248 Sr geeft diverse strafverhogingen voor diverse omstandigheden in relatie tot diverse artikelen. De tekst van dit artikel maakt

niet per se helderder wat voor welk feit maximaal kan worden opgelegd. Zo is bijvoorbeeld in artikel 249 Sr strafbaar gesteld het plegen van ontuchtige handelingen met bijvoorbeeld je minderjarige kind, waar artikel 248 lid 3 Sr bepaalt dat een strafverhoging van een derde mogelijk is in gevallen waarbij misbruik gemaakt wordt van de kwetsbare positie waarin iemand zit. Hoe deze twee op het oog met elkaar samenvallende omstandigheden in onderling verband moeten worden beschouwd, is niet zonder meer vanzelfsprekend.

Een andere kwestie die opvalt in het kader van artikel 248 is de volgende. Artikel 248 lid 7 Sr verhoogt het strafmaximum van de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 tot 15 jaar in gevallen waarin die misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge hebben of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is. In dit zevende lid van 248 Sr worden, anders dan in andere leden van dit artikel, de artikelen 242 en 244 niet genoemd. Dit leidt ertoe dat minder ernstige zedenfeiten met het in lid 7 van artikel 248 genoemde gevolgen tot een hoger strafmaximum kunnen leiden, dan de ernstigste zedenfeiten uit 242 en 244 Sr. Met dien verstande dat die laatste twee gezien lid 6 van 248 al bij het enkele gebruik van geweld met een derde verhoogd kunnen worden. Opmerkelijk, omdat geweld ook een onderdeel van 242 Sr zelf is.

Voorstel: Bezie artikel 248 Sr in onderling verband met de rest van de zedentitel en overweeg een herziening en opheldering van het onderlinge verband.

Verjaring bij minderjarig slachtoffer 240b/243/245/246 vs 247 jo 248

Op 1 april 2013 is de wijzigingswet vervolgingsverjaring in werking getreden. Krachtens deze wet wordt de vervolgingsverjaringstermijn afgeschaft voor een aantal met name genoemde misdrijven met een gevangenisstraf van 12 jaar of meer en voor een aantal met name genoemde zedenmisdrijven tegen kinderen (tot 18 jaar) met een straf van 8 jaar.

Hierdoor is er een aantal zedendelicten dat niet meer verjaart, mits gepleegd na 1 april 2013. Dat geldt voor artikel 246 Sr (feitelijke aanranding) waarbij een minderjarige het slachtoffer is. En voor artikel 243 Sr (misbruik van een wilsonbekwame of lichamelijk onmachtige), eveneens indien daarvan een minderjarige het slachtoffer is. Ook delicten die specifiek gelden ter bescherming van minderjarigen vallen onder deze wetgeving. Het gaat daarbij om de misdrijven in 240b tweede lid Sr (beroep of gewoonte maken van kinderporno), en 245 Sr (seksueel binnendringen bij een minderjarige onder de 16) aangezien hier telkens een maximumstraf van 8 jaar op staat. Een en ander vloeit voort uit artikel 70, tweede lid, aanhef en onder 2°, Sr.

Artikel 247 Sr (ontuchtige handelingen tegen kinderen onder de 16) wordt in artikel 70 Sr niet genoemd en dit feit verjaart dus op enig moment wel. (Dit

blijkt ook uit artikel 71, aanhef en onder 3°, Sr.) Het artikel kent een maximumstraf van 6 jaar. Echter, in gevallen waarbij de ontucht gepleegd wordt tegen een eigen kind onder de zestien, een kind onder de zestien over wie het gezag wordt uitgeoefend, een kind onder de zestien dat wordt verzorgd of opgevoed als behorend tot zijn gezin, zijn pupil of aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwd, wordt deze maximumstraf van 6 jaar – ingevolge het tweede lid van artikel 248 Sr – verhoogd naar 8 jaar.

Er zijn sinds de nieuwe wet dus zedenfeiten indien gepleegd tegen kinderen met een maximumstraf van 8 jaar die NIET verjaren, en er zijn zedenfeiten indien gepleegd tegen kinderen met een maximumstraf van 8 jaar die WEL verjaren. Feiten die dus qua strafmaximum en dus qua ernst even zwaar wegen, waarbij de verjaringsbescherming verschillend is.

Voorstel: Benoem ook 247 al dan niet in combinatie met artikel 248 als artikel waarvoor geen verjaring geldt.

Groomingshandelingen en sekschats (248e en 248a Sr)

Aan het daadwerkelijk hebben van seks met een minderjarige naar aanleiding van contacten gelegd op internet, gaat vaak een lang proces van inpalmen vooraf. Als dat inpalmen mede bestaat uit het uitwisselen van seksueel getinte filmpjes of foto's, dan levert dat strafbare feiten op. Bij een filmpje dat een volwassene aan een minderjarige stuurt, levert dat overtreding van artikel 240a Sr op. Als een minderjarige een seksueel getint filmpje stuurt aan de volwassene, dan is die volwassene in het bezit van kinderporno en is er overtreding van artikel 240b. In die gevallen zijn er mogelijkheden om in te grijpen voor politie en OM.

Wanneer het slachtoffer onder dwang of beloftes van geld of goederen seksuele handelingen voor de webcam verricht (en die beelden worden niet opgeslagen, zodat geen sprake is van overtreding van art 240b Sr), kan onder omstandigheden sprake zijn van overtreding van art 248a Sr ("verleiding").

Als er daadwerkelijk via internet een ontmoeting wordt voorgesteld met het oogmerk ontuchtige handelingen met een zestienminner te plegen of het maken van kinderpornografische afbeeldingen van die zestienminner én er ook nog sprake is van handelingen die gericht zijn op het verwezenlijken van die ontmoeting, dan is er ook een strafbaar feit, namelijk 248e Sr ('grooming').

In veel gevallen is er geen sprake van zo'n concreet geduid voorstel tot ontmoeting, noch kan al meteen bewezen worden dat er filmpjes of foto's zijn uitgewisseld of dat men voor de webcam heeft gezeten. Wel is er dan veelal sprake van een – via chathistorie te bewijzen – vergaande en langdurige inmenging door een volwassene in de persoonlijke belevingswereld van een

kind. Als deze inmenging seksuele aspecten krijgt, wat vaak stap voor stap gebeurt, dan is de drempel naar een ontmoeting en vaak feitelijke seks – ook als de minderjarige pas bij de ontmoeting zelf erachter komt dat degene waarmee gechat werd in feite veel ouder is dan hij zich voordeed – laag. Te laag vaak om nog weerstand te kunnen bieden. Hetzelfde geldt voor de drempel naar het plegen van seksuele handelingen voor de webcam of fotocamera door de minderjarige (artt. 240b en 248a Sr).

In een tijdlijn van contact tussen een verdachte en een minderjarig slachtoffer is er dus maar een heel kort en specifiek moment of periode waarin het seksueel getint chatten overgaat in het daadwerkelijk maken en nakomen van een afspraak elkaar te ontmoeten of het plaatsnemen achter de webcam. Daarmee is de periode waarbinnen door opsporingsdiensten kan worden ingegrepen ook zeer kort. Als er al voldoende bewijs is voor overtreding van de artikelen 240b, 248a en 248e Sr, dan bestaat dat bewijs vaak uit eveneens voldoende bewijs voor het ook daadwerkelijk hebben plaatsgevonden van die ontuchtige handelingen en is het kwaad al geschied.

De schade van het veelvuldige sekschatcontact tussen een volwassene en een minderjarige zit daarnaast niet alleen in de drempel tot lichamelijk of webcam-misbruik die erdoor verlaagd wordt. Het gedrag kan gezien worden als seksueel stalken of seksueel inkapselen van het kind. Dat hele inkapselingsproces (dat niet zelden vele maanden of zelfs jaren kan beslaan) levert op zichzelf al vaak blijvende schade op. De minderjarige wordt in een belevingswereld getrokken waar hij nog niet hoort, wordt “gedwongen” dit verborgen te houden, telkens online te komen, seksuele fantasieën te beschrijven/verzinnen, etc. Het is dat stalkingsaspect en het gevoel van de minderjarige om niet meer uit de situatie te kunnen komen, dat op zichzelf al grote psychische schade kan opleveren.

De praktijk kent talloze voorbeelden van dit soort chatgedrag. Zodra men zich op het internet voordoet als minderjarige, wordt men op sommige sites vrijwel meteen benaderd door mensen die willen chatten en die snel overgaan op seksuele chats. Er is een recent voorbeeld van een leraar die dagelijks met een van de leerlingen van zijn school seksueel getinte chats uitwisselde. Er zijn mannen die op die manier chatten met kinderen die opgenomen zijn in opvoedingsinstellingen. Het aantal voorbeelden is legio.

Veel op deze manier “groomende” verdachten richten zich tevens (of voornamelijk) op het dwingen of verleiden van de minderjarige tot het voor de webcam plegen van seksuele handelingen met zichzelf. Bij een substantieel deel van de zaken waarin grooming speelt, is het verkrijgen van webcambeelden het belangrijkste doel van de verdachte of richt hij zich zowel op het maken van afspraken met minderjarigen “in real life” als op het verzamelen van zoveel mogelijk webcambeelden. Zaken waarin de groomer zich uitsluitend richt op het maken van afspraakjes, komen weinig voor, terwijl in veel gevallen

sprake is van tientallen tot honderden slachtoffers per zaak met wie in ieder geval seksueel getint gechat wordt, maar die ook meestal gebracht zijn tot het plegen van seksuele handelingen voor de camera.

Dit chatten op deze indringende en vaak vergaande seksuele en seksualiserende wijze, is niet strafbaar. Dit terwijl dus het risico op feitelijke seksuele handelingen erdoor aanzienlijk verhoogd wordt en het gedrag op zich schadelijk kan zijn voor minderjarigen. En terwijl er geen redelijk te honoreren ander doel is om met kinderen op deze wijze te chatten. Voor gevallen waarin kinderen – ook achteraf – hebben ingestemd met een chat als bedoeld, kan aangesloten worden bij dezelfde interpretatieruimte die de term “ontuchtige handeling” biedt in gevallen waarin een meisje van 15 geheel vrijwillig en gewenst seks heeft met haar vriendje van net 18.

Evenmin is strafbaar het maken van een dergelijke afspraak met een journalist of opsporingsambtenaar, ook niet als op geen enkele wijze aan het gesprek te merken is dat er in werkelijkheid geen sprake is van een minderjarige onder de 16. Dit beperkt de opsporingsmogelijkheden aanzienlijk. Weliswaar is via chatten door de politie snel te zien wie op het internet dergelijke onwenselijke initiatieven vertonen, maar hierop kan vervolgens niet gehandeld worden omdat het geen strafbaar feit oplevert.

Door recente jurisprudentie is uitgemaakt dat er in de gevallen van overtreding van de artikelen 248a en 248e Sr daadwerkelijk sprake moet zijn van een minderjarige van onder de 16. Er wordt aangehaakt bij de tekst “weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de persoon de leeftijd van 16 nog niet heeft bereikt”. Hieronder valt dus niet degene die feitelijk ouder dan 16 is, ten aanzien van wie de verdachte ervan uitgaat dat deze jonger is.
Niet strafbaar is daarmee een situatie waarbij een chatgesprek van een dochter wordt overgenomen door een moeder, waarbij de verdachte hiervan niet op de hoogte is. Als hij dan toch een ontmoeting als bedoeld in artikel 248e Sr voorstelt, is dat niet strafbaar.
Deze beperking geldt ook in de gevallen waarin de groomingsactiviteiten van de verdachte zich richten op het dwingen of verleiden van de minderjarige tot het voor de webcam plegen van seksuele handelingen met zichzelf.

Daarnaast is noch uit de wet, noch uit de parlementaire geschiedenis op te maken of een strafbare poging tot grooming tot de mogelijkheden behoort, als de verdachte wel probeert te komen tot het maken van een afspraak, maar dit niet lukt omdat bijvoorbeeld het beoogde slachtoffer de chat afkapt of de afspraak om een andere reden niet concreet wordt. De rechtspraak is hierover verdeeld.

De mogelijkheid om groomingszaken te vervolgen via de band van artikel 248a Sr is beperkt, omdat dan sprake moet zijn geweest van het gebruik van de verdachte van giften, beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke

verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding. Veelal is daar geen sprake van, omdat de verdachten misbruik maken van de ook door de minderjarigen ervaren anonimiteit op het internet en de seksuele experimenteerdrift van de minderjarigen. Er is nauwelijks dwang, chantage of beloftes nodig om de minderjarige zo ver te krijgen seksuele handelingen voor de webcam te verrichten; slechts het creëren van een spannende en seksueel geladen sfeer is voldoende.

Concluderend: Veel gedragingen die in het maatschappelijk verkeer als grooming worden ervaren en waarvan verwacht wordt dat die ook worden opgespoord en vervolgd, zijn aldus noch in het groomingsartikel 248e Sr, noch in enig ander artikel strafbaar gesteld. Dit brengt met zich dat politie en justitie niet met opsporingsmiddelen tot identificatie van een verdachte kunnen komen of voortijdig kunnen ingrijpen, terwijl de duidelijke op seksuele contacten gerichte chatcontacten met minderjarigen dagelijks op internet gevonden worden.

<u>Voorstel</u>: maak in ieder geval het oogmerk van verdachte (ontuchtige handelingen plegen met een zestienminner) doorslaggevend in de artikelen 248e en 248a Sr en niet de objectieve leeftijd van de chatpartner. Als de verdachte dit oogmerk heeft en in verband daarmee een ontmoeting voorstelt (desnoods aan een lokpuber of aan een moeder die het chatgesprek heeft overgenomen) en vervolgens handelingen ter verwezenlijking van de ontmoeting onderneemt, dan is dat strafbaar. Vergelijk in dit verband het voorstel voor een gewijzigde redactie gedaan door G.C. Haverkate in *Strafblad* (2013-6, p. 484 (voorstel gedaan op persoonlijke titel)).

Stel voorts groomingsactiviteiten gericht op seksuele handelingen met en door minderjarigen in bredere zin strafbaar, zodat het gehele traject van oneerbare voorstellen, seksueel getinte chats, webcam-activiteiten en op seksuele handelingen gerichte afspraken tot ontmoetingen onder de strafbaarstelling vallen. Bepaal voorts of en in welke vorm een pogingsvariant van een dergelijk misdrijf strafbaar is.

248f Sr

Sinds kort is artikel 248f Sr aan de zedentitel toegevoegd. Hierin is bepaald dat hij die een minderjarige door dwang, geweld of feitelijkheid beweegt bij een derde binnen te dringen, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste 10 jaren. Eerder is beschreven dat iemand die zijn kind dwingt bij een ander binnen te dringen ingevolge artikel 246 jo 248 lid 2 Sr gestraft kan worden met een maximumstraf van 10,6 jaar. Eén verschil hierbij is dat in dat voorbeeld degene bij wie binnengedrongen wordt de dwingende partij is, terwijl het bij artikel 248f Sr lijkt te gaan om een derde, die zelf niet deelneemt aan de seksuele handelingen.

Een andere opmerkelijke toevoeging aan de zedentitel door dit artikel, is het feit dat hier wordt gesproken over dwang, geweld en/of feitelijkheden dan wel dreiging met geweld of een andere feitelijkheid [met 'dreiging' bedoelt de wetgever kennelijk niets anders dan 'bedreiging']. In het kader van de jurisprudentie rond 242 Sr wordt aangenomen dat dwang juist bestaat uit de toepassing van of de bedreiging met geweld en/of andere feitelijkheden. Dit nieuwe artikel impliceert dat er daarnaast nog andere vormen van dwang zijn.

249 Sr en 247 jo 248 lid 2 Sr

Sinds de invoering van artikel 248 lid 2 en het daarmee ontstaan van een strafverzwarende grond bij de artikelen 240b, 242, 247 en 248a in onder meer die gevallen waarbij het handelingen tegen iemands eigen kind betreft, is er een vreemde dubbeling ontstaan.

Artikel 249 Sr stelt strafbaar het plegen van ontucht met "zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte". Daar staat een maximumstraf van 6 jaar op. Het gaat hier over minderjarigheid zonder nadere leeftijdsbegrenzing (oftewel: om alle personen die jonger zijn dan 18 jaar).

Artikel 247 Sr stelt onder meer strafbaar het plegen van ontuchtige handelingen met een minderjarige onder de 16. De maximumstraf is eveneens 6 jaar. Artikel 248 lid 2 Sr geeft echter de mogelijkheid deze straf te verhogen tot 8 jaar als er sprake is van iemand die het feit begaat "tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorende tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte"

Kortom: op ontuchtige handelingen met minderjarigen onder de 16 staat in veel gevallen zowel een maximumstraf van 6 jaar, als een maximumstraf van 8 jaar staat. Dat is een bijzondere situatie, waarvan niet goed uit te leggen is waarom deze zou moeten blijven bestaan. Bovendien doet deze situatie geen recht aan het bedoelde specialis-karakter van artikel 249 Sr.

<u>Voorstel</u>: herzie de bepalingen 247/248 en 249 op een wijze dat de onderlinge samenhang weer kloppend is en maak een keuze over het uiteindelijke strafmaximum.

Incest - tenlasteleggingsperikelen

In een situatie van langdurige incest, is een tenlastelegging vaak complex opgesteld. Bijvoorbeeld een geval waarin door een vrouw aangifte gedaan wordt van het feit dat zij tussen haar 6de en haar 17de systematisch is misbruikt door haar vader. In het begin was er alleen sprake van betasten, in de loop van haar leven – zo tussen haar 11^{e} en 13^{e} jaar, precies weet ze dat niet meer – is dat verdergegaan en was er ook sprake van seksueel binnendringen. De vader in kwestie bekent de ontuchtige handelingen, maar ontkent het seksueel binnendringen. Door de huidige wetgeving, ziet een tenlastelegging in een geval als dit er bijvoorbeeld als volgt uit:

Feit 1 primair: 244 Sr tussen haar 6^{e} en haar 12^{e} jaar inclusief seksueel binnendringen
Feit 1 subsidiair: 247 tussen haar 6^{e} en 12^{e} jaar bestaande alleen uit ontuchtige handelingen
(met strafverzwaring 248 Sr)

Feit 2 primair: 245 Sr tussen haar 12^{e} en 16^{e} jaar inclusief seksueel binnendringen
Feit 2 subsidiair: 247 tussen haar 12^{e} en 16^{e} jaar, bestaande alleen uit ontuchtige handelingen
(met strafverzwaring 248 Sr)

Feit 3: 249 Sr bestaande uit ontuchtige handelingen en/of seksueel binnendringen voor wat betreft de periode van 16 en 17 jaar oud.

Of:

FEIT 1

Primair:
244 Sr tussen haar 6^{e} en haar 12^{e} jaar inclusief seksueel binnendringen
(met strafverzwaring 248)

EN/OF

245 Sr tussen haar 12e en 16e jaar inclusief seksueel binnendringen
(met strafverzwaring 248)

Subsidiair
247 tussen haar 6e en 16e jaar
(met strafverzwaring 248 Sr)

FEIT 2
249 Sr op haar 16e en 17e jaar

Kortom, niet per se simpel. Er zou overwogen kunnen worden om één artikel te maken dat ziet op seksueel misbruik van (eigen) kinderen (en/of kinderen in afhankelijkheidsrelaties) onder de 18, met één strafmaximum, waarbij aan de rechter wordt overgelaten welke strafmaat in het specifieke geval, bijvoorbeeld gelet op de wat hogere leeftijd van de minderjarige, zou moeten worden gekozen.

<u>Voorstel</u>: overweeg één "incest"artikel op te stellen in de zedentitel met één strafmaximum.

Gronden voor voorlopige hechtenis

Als er sprake is van een feit waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is, dan kan alleen worden voorgeleid in gevallen waarin het onderzoek nog niet af is of er vluchtgevaar is, en verder alleen in de volgende gevallen:

- er moet ernstig rekening mee gehouden worden dat verdachte een feit zal plegen waar zes jaar of meer gevangenisstraf op staat, dan wel een feit waar de gezondheid of veiligheid van personen in het geding is
- er is sprake van een feit waar ten minste 12 jaar gevangenisstraf op staat en tevens sprake van geschokte rechtsorde

Bij zedenzaken voldoen alleen de volgende artikelen aan die laatste 12-jaars grond:

- 242 Sr – verkrachting
- 244 Sr – binnendringen bij een minderjarige onder de 12

Bij alle andere zedenfeiten kan een verdachte alleen tussen aanhouding en zitting vastgehouden worden in voorlopige hechtenis, als er sprake is van de zogenaamde recidivegrond. Hieraan worden eisen gesteld door de rechtspraak. Als er een eerdere veroordeling is, dan is het aannemen van de recidivegrond veelal geen probleem. Maar als die er niet is, wordt goed inhoudelijk gekeken naar of er wel een te onderbouwen grond aanwezig is. De enkele gedachte "hij heeft het nu gedaan, dus zal hij het wel weer doen", wordt niet gehonoreerd. In sommige gevallen houdt de redenering "hij heeft het nu gedaan en zonder gedegen onderzoek naar zijn psyche is het niet verantwoord hem nu vrij te laten" stand. Maar strikt genomen is die grond afgelopen zodra er rapportage over de verdachte beschikbaar is. Als uit die rapportage niet blijkt van een hoog risico op recidive, dan is er geen bodem voor de grond meer en zou de verdachte in vrijheid gesteld moeten worden.

Dat betekent in de praktijk bijvoorbeeld dat vaders die hun dochters die tussen de 12 en 16 zijn misbruiken, niet in voorlopige hechtenis gehouden kunnen worden op het moment dat de dochters niet langer bij hen wonen.

Het huidige maatschappelijke klimaat vraagt om aanpassing van de voorgeleidingsgronden.

Voorstel: pas de voorgeleidingsgronden in die zin aan, dat bescherming van de lichamelijke of geestelijke integriteit van minderjarigen een reden kan zijn voor voorlopige hechtenis.

Proeftijden bij voorwaardelijke veroordeling

In een groot aantal zedenzaken is, gelet op de onderliggende problematiek van de daders en de hoge kans op recidive, een voorwaardelijke straf met een lange proeftijd en bijzondere voorwaarden (zoals gedragskundige behandeling en reclasseringsbegeleidin)g vaak noodzakelijk. Artikel 14b lid 2 Sr geeft de rechter de mogelijkheid daarbij een proeftijd van 3 jaar op te leggen. De proeftijd kan maximaal 10 jaar betreffen wanneer "er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen".
Met name bij kinderporno-delicten levert dit criterium een probleem op: het merendeel van de verdachten is jarenlang, al dan niet vanuit pedofiele gevoelens, obsessief bezig geweest met het verzamelen, verspreiden, bekijken, produceren etc. van grote hoeveelheden kinderpornografie. De gedragskundige behandeling en begeleiding na een dergelijk delict beslaat standaard enkele tot vele jaren en het terugvalpercentage bij deze delicten is zeer hoog.

Binnen de rechtspraak bestaat echter verdeeldheid over de vraag of een kinderpornodelict (waarbij de dader niet "met zijn handen aan kinderen heeft gezeten") aan het criterium voldoet van een "misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen". Er zijn net zoveel rechtbanken die bij een kinderpornodelict niet verder menen te kunnen gaan dan 3 jaar proeftijd, als rechtbanken die meerdere jaren proeftijd tot 10 jaar opleggen. Hierdoor is onzekerheid maar ook rechtsongelijkheid ontstaan en eindigen veroordeelden regelmatig zonder of maar met een gedeeltelijke behandeling, omdat zij zich na ommekomst van de proeftijd van 3 jaar aan behandeling en toezicht kunnen onttrekken.

Deze kwestie speelt ook bij de verlenging van TBS met dwangverpleging, die ook voor kinderpornodelicten wordt opgelegd: in art. 38e lid 1 Sr, waarin opgenomen is de regeling met betrekking tot de duur van de terbeschikkingstelling, is hetzelfde criterium opgenomen als in art. 14b lid 2 sr. Dit betekent dat een TBS slechts maximaal 4 jaar kan duren in geval de rechter van mening is dat het gepleegde delict niet voldoet aan het criterium van "een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen". Ook op dit punt zijn vonnissen

gewezen waarin wél en níet de TBS voor een kinderpornodelict gemaximeerd werd tot 4 jaar.

Onlangs heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden op grond van de "beperkte" lezing van art. 38 e lid 1 sr nog een terbeschikkingstelling na 4 jaar beëindigd in een zaak waarin de veroordeelde onder andere kinderporno had verzameld, verspreid en aan een minderjarig meisje had toegezonden. Kort na zijn invrijheidsstelling (en "overgang" van TBS naar BOPZ-plaatsing), werd bij deze veroordeelde wederom kinderporno aangetroffen.

Bij de inwerkingtreding van art 254a Sr ("dierenpornografie"), is per 1 oktober 2012 in lid 3 van art. 14b Sr opgenomen: "De proeftijd kan eveneens ten hoogste tien jaren bedragen indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat de gezondheid of het welzijn van een of meer dieren benadeelt. Onder het benadelen van de gezondheid of het welzijn van een dier wordt voor de toepassing van dit artikel mede begrepen het misdrijf, bedoeld in de artikelen 254 en 254a". Een dergelijke expliciete bepaling als het de "gezondheid of het welzijn" (of het gevaar voor de onaantastbaarheid van het lichaam) van een kind betreft, bestaat echter niet in de huidige wetgeving.

Aldus is de merkwaardige situatie ontstaan dat bij veroordeling voor het verzamelen van dierenpornografie een proeftijd van maximaal 10 jaar kan worden opgelegd, terwijl dat in een zelfde geval van kinderpornografie slechts gemaximeerd lijkt tot 3 jaar. En dat terwijl bekend is dat het recidiverisico bij kinderpornodelicten schrikbarend hoog is. Daarnaast lijkt het criterium "de gezondheid of het welzijn benadelen" een lichtere te zijn dan "zich richten tegen of gevaar veroorzaken voor de onaantastbaarheid van het lichaam".

Met andere woorden: momenteel lijken de belangen van het lichaam of het welzijn van dieren die misbruikt worden voor pornografie beter behartigd in de wet dan die van voor porno misbruikte kinderen.

Voorstel: neem artikel 240b sr op in lid 3 van artikel 14b lid 3 Sr. Wijzig art. 38 e lid 1 Sr voorts in die zin dat een ongemaximeerde TBS met dwangverpleging kan worden opgelegd voor kinderpornodelicten.

Bijlage 4
Titel XIV, Boek 2, Wetboek van Strafrecht

Artikel 239 Sr

Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft schennis van de eerbaarheid:

1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd;
2°. op een andere dan onder 1° bedoelde openbare plaats, toegankelijk voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar;
3°. op een niet openbare plaats, indien een ander daarbij zijns ondanks tegenwoordig is.

Artikel 240 Sr

Met gevangenisstraf van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat een afbeelding of voorwerp aanstotelijk voor de eerbaarheid is en die afbeelding of dat voorwerp:

1°. op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd, openlijk tentoonstelt of aanbiedt;
2°. aan iemand, anders dan op diens verzoek, toezendt.

Artikel 240a Sr

Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft hij die een afbeelding, een voorwerp of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar, verstrekt, aanbiedt of vertoont aan een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar.

Artikel 240b Sr

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging, waarbij iemand die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt, is betrokken of schijnbaar is betrokken, verspreidt, aanbiedt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert, verwerft, in bezit heeft of zich door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst de toegang daartoe verschaft.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.

Artikel 242 Sr

Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 243 Sr

Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijke onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden, handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 244 Sr

Hij die met iemand beneden de leeftijd van twaalf jaren handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 245 Sr

Hij die met iemand, die de leeftijd van twaalf jaren maar nog niet die van zestien jaren heeft bereikt, buiten echt, ontuchtige handelingen pleegt die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 246 Sr

Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 247 Sr

Hij die met iemand van wie hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid, verminderd bewustzijn of lichamelijk onmacht verkeert, dan wel aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden of met iemand beneden de leeftijd van zestien jaren buiten echt ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelde tot het plegen of dulden van zodanige handelingen buiten echt met een derde verleidt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248 Sr

1. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247, 248a tot en met 248f, 249 en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit wordt gepleegd door twee of meer verenigde personen.
2. De in de artikelen 240b, 242 tot en met 247 en 248a tot en met 248f bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schul-

dige het feit begaat tegen zijn kind, een kind over wie hij het gezag uitoefent, een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorend tot zijn gezin, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte.

3. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
4. De in de artikelen 242, 246 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.
5. De in de artikelen 240b, 244, 245, 248a tot en met 248f, 249, eerste lid, en 250 bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
6. De in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249, tweede lid, bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien de schuldige het feit begaat tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld.
7. Indien een der in de artikelen 240b, 243, 245 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft of daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.
8. Indien een der in de artikelen 240b, 242, 243 tot en met 247, 248a, 248b, 248f en 249 omschreven misdrijven de dood ten gevolge heeft, wordt gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.

Artikel 248a Sr

Hij die door giften of beloften van geld of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen te plegen of zodanige handelingen van hem te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248b Sr

Hij die ontucht pleegt met iemand die zich beschikbaar stelt tot het verrichten van seksuele handelingen met een derde tegen betaling en die de leeftijd van zestien jaren maar nog niet de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248c Sr

Hij die opzettelijk aanwezig is bij het plegen van ontuchtige handelingen door een persoon waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel bij het vertonen van afbeeldingen van dergelijke handelingen in een daarvoor bestemde gelegenheid, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248d Sr

Hij die een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, met ontuchtig oogmerk ertoe beweegt getuige te zijn van seksuele handelingen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248e Sr

Hij die door middel van een geautomatiseerd werk of met gebruikmaking van een communicatiedienst een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, een ontmoeting voorstelt met het oogmerk ontuchtige handelingen met die persoon te plegen of een afbeelding van een seksuele gedraging waarbij die persoon is betrokken, te vervaardigen wordt, indien hij enige handeling onderneemt gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 248f Sr

Hij die door dwang, geweld of een andere feitelijkheid of door dreiging met geweld of een andere feitelijkheid, het plegen van ontucht door een persoon van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Artikel 249 Sr

1. Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
   1°. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;
   2°. de bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen;
   3°. degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.

Artikel 250 Sr

1. Wordt gestraft:
   1°. met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die het plegen van ontucht door zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert;
   2°. met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, hij die, buiten de gevallen genoemd onder 1°, het plegen van ontucht door een minderjarige wiens minderjarigheid hij kent of redelijkerwijs moet vermoeden, met een derde opzettelijk teweegbrengt of bevordert.
2. Indien de schuldige van het plegen van het misdrijf een gewoonte maakt, kunnen de gevangenisstraffen met een derde worden verhoogd.

Artikel 251 Sr

1. Bij veroordeling wegens een der in de artikelen 240b tot en met 247 onderscheidenlijk 248a tot en met 250 omschreven misdrijven, kan ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten worden uitgesproken.
2. Indien de schuldige aan een der misdrijven in de artikelen 240b tot en met 247 en 248a tot en met 250 omschreven, het misdrijf in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

Artikel 252 Sr

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste negen maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft:,
   1°. hij die aan iemand die in kennelijke staat van dronkenschap verkeert, bedwelmende drank verkoopt of toedient;
   2°. hij die een kind beneden de leeftijd van zestien jaren dronken maakt;
   3°. hij die iemand door geweld of bedreiging met geweld dwingt tot het gebruik van bedwelmende drank.
2. Indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
3. Indien het feit de dood ten gevolge heeft, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie.
4. Indien de schuldige het misdrijf in zijn beroep begaat, kan hij van de uitoefening van dat beroep worden ontzet.

Artikel 253 Sr

Hij die een onder zijn wettig gezag staand kind beneden de leeftijd van twaalf jaren aan een ander afstaat of overlaat, wetende dat het tot of bij het uitoefenen van bedelarij, van gevaarlijke kunstverrichtingen of van gevaarlijke of de gezondheid ondermijnende arbeid zal worden gebruikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 254 Sr

Hij die ontuchtige handelingen pleegt met een dier wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden of geldboete van de vierde categorie.

Artikel 254a Sr

1. Met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft degene die een afbeelding – of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding – van een ontuchtige handeling, waarbij een mens en een dier zijn betrokken of schijnbaar zijn betrokken, verspreidt, openlijk tentoonstelt, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of in bezit heeft.
2. Met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft degene die van het plegen van een van de misdrijven, omschreven in het eerste lid, een beroep of een gewoonte maakt.